This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

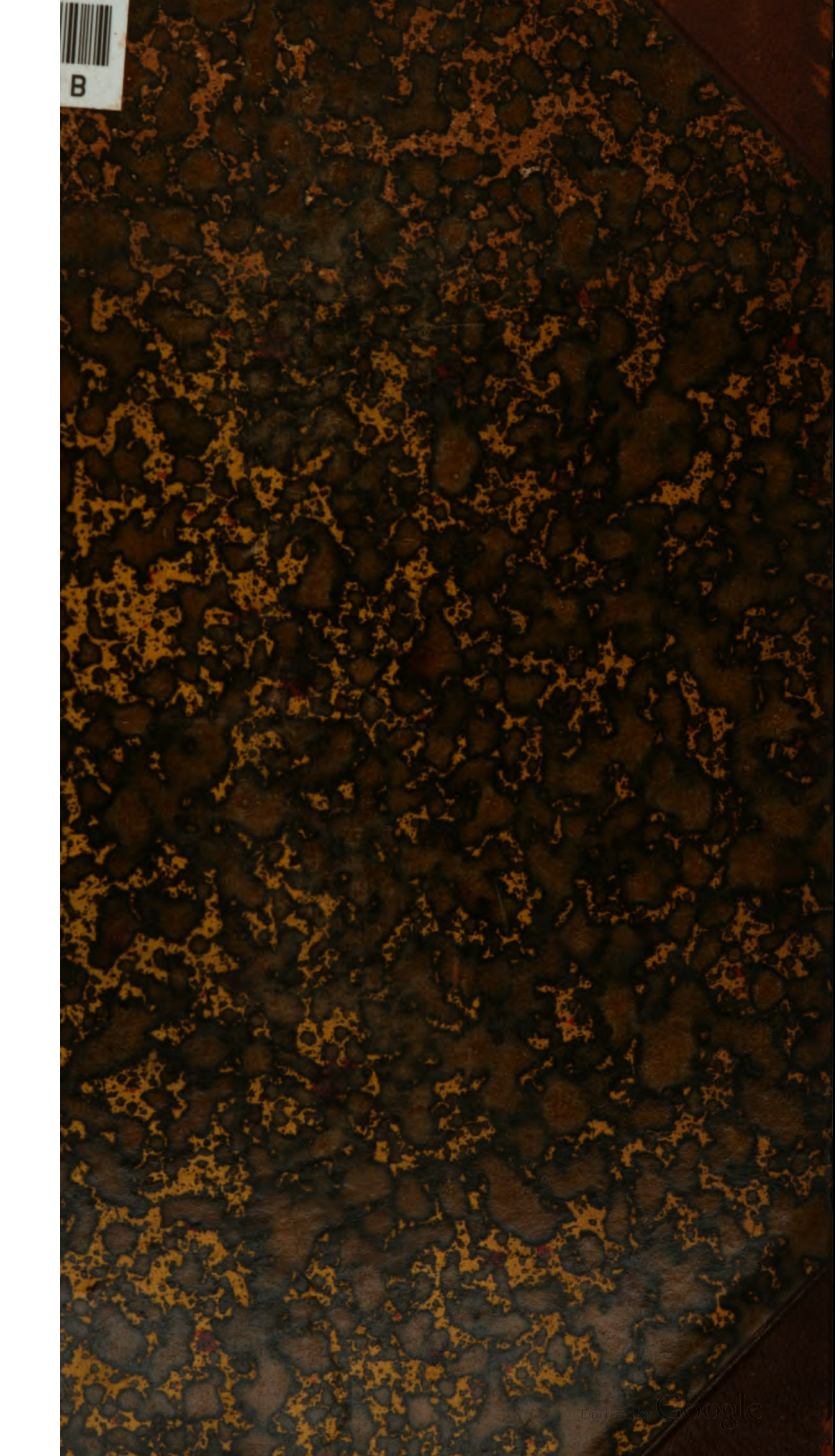
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

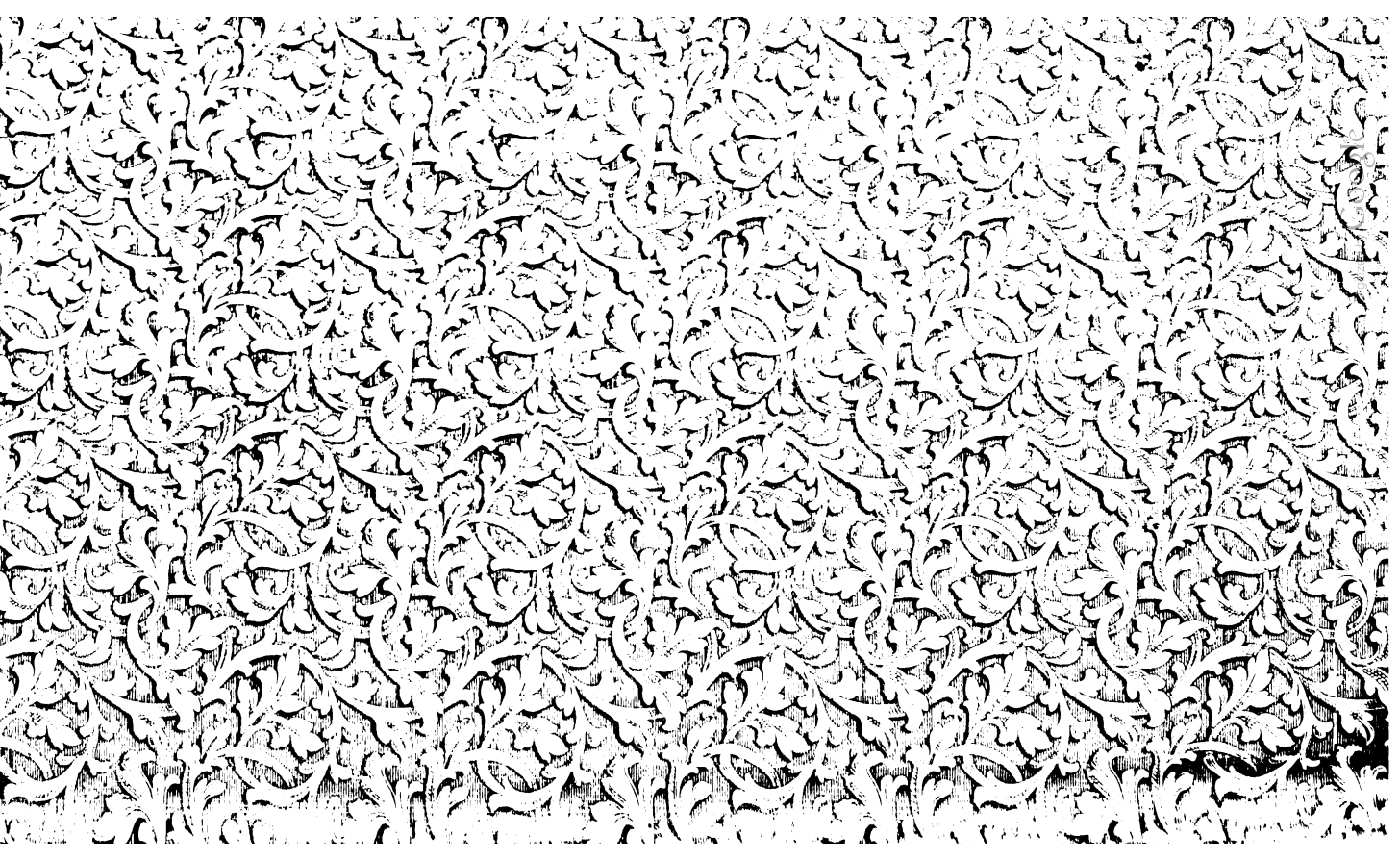
Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`



HARVARD LAW LIBRARY.

Received Jan. 21, 1903

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Vierundsechszigster Band.

Erste Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1872.

Digitized by Google

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Neue Folge.

Siebenundfünfzigster Band.

Erste Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1872.

Digitized by Google

Rec. Jan. 21, 1903

Digitized by Google

Inhalt.

Erste Abtheilung.

Seite.

Aeltere Firma. Berechtigung zur Führung. Erwerb durch Erbgang 185

Arrest. Erbschafts-Forderungen 55

Arrest. Cession. Signifikation. Subhastation gegen einzelne Miteigenthümer. Convalescenz 134

Aussichts-Fenster. Abänderung derselben. Erleichterung der Dienstbarkeit 34

Ausschließliches Fährgerechtsam. Unvordenkliche Verjährung Schadens-Ersatz wegen Anlage einer Eisenbahnbrücke. Uebersetzens des Eisenbahn- und Bau-Personals durch die Eisenbahn-Gesellschaft und wegen Erschwerung der Ausübung des Gerechtsams durch Strombauten. Haftpflicht des Staates . 50

Ausländer. Caution. Berufungs-Instanz 120

Bauverbot. Abtretung eines Streifens eines Grundstückes zur Straße. Entschädigung. Minderwerth des Ueberrestes. Rechtes Rheinufer 18

Berufung. Appellable Summe. Rechnungs-Verfahren . . . 183

Berufungs-Akt. Nichtigkeit. Domizil-Wahl. Zustellung auf dem Sekretariat des Handelsgerichtes 197

Cession. Signifikation. Collision der Gesetze. Nassau. Gemeines Recht. Falliment 226

Collocations-Verfahren. Definitiver Status. Klage auf Nichtigkeit. Angriffs-Mittel der Gläubiger und des Subhastaten . 76

Collokation. Berufung. Nichtigkeit. Privilegium und Hypothek der Miterben. Rang sous-ordre 101

Collocation. Appellabilität. Credit-Hypothek 117

Communal-Forstbeamten. Pension. Berechnung der Dienstzeit 90

Digitized by Google

Seite.

Commandit-Gesellschaft. Ausscheiden des einzig persönlich haftenden Gesellschafters. Auflösung. Wirkung gegen Dritte. Eintragung in das Handels-Register 93

Commission zum Einkauf. Verzug des Comittenten. Befugniß des Commissionairs 188

Conkordat. Bürgschaft nur für die admittirten Forderungen. Versagung der Bestätigung von Amtswegen 159

Domizilirter eigener Wechsel. Accept. Irrthümer. Durchstreichung 112

Drittbesitzer, Ansteigerer im Subhastations-Verfahren. Differenz des Steigpreises und der vereinbarten Kaufsumme. Ersatzanspruch gegen den Verkäufer. Unterlassene Einleitung des Purgations-Verfahrens 166

Ehescheidung. Nichtigkeit. Attest des Landgerichts-Präsidenten. Vorladung vor den Civilstands-Beamten 106

Eisenbahn-Gesellschaft. Unfälle. Haft-Pflicht 198

Eisenbahn-Gesellschaft. Frachtgeschäft. Verantwortlichkeit . . 217

Erblicher Pachtvertrag. Immerwährende Rente. Ablösbarkeit. Cours der Franken 45

Erbschaftsretrakt ex Art. 841 B. G.-B. Verkauf von Immobilar-Antheilen 136

Evangelische Kirchen-Gemeinde. Pfarrhaus. Subhastation. Civil-Gemeinde 209

Faktura. Widerspruchslose Annahme. Zahlungsort 157

Falliment. Concordat. Wirkung. Briefliche Aufforderung. Faustpfand-Gläubiger 110

Fallit. Berufung. Fortsetzung einer Procedur 200

Falliment. Definitiver Syndik. Fallit 205

Familienrathsbeschluß. Absolute Stimmenmehrheit 171

Fideikommißstiftung. Freigebige Verfügung unter Lebenden. Reduction. Vorbehaltserbe. Gläubiger. Beneficiarerbe. Veräußerung der Erbrechte. Vorschüsse des Beneficiarerben . 81

Frachtbrief. Fracht-Vertrag. Beweis 220

Gegenschein. Cessionar 122

Geltung der Forstordonnanz von 1669 in den belgischen Departements. Weidegerechtsame einer Gemeinde an Staatswaldungen. Auftreiben in einer Heerde. Ersitzung 152

Gemeinde-Weg. Kunstmäßiger Ausbau. Schadens-Ersatz . . 202

Gerichtliches Geständniß. Widerruf. Annahme. Gemeinschaftliche Mauer. Gebrauchsrecht der Miteigenthümer. Anlage eines Schornsteins 56

Digitized by Google

Seite.
Handlungs-Gehülfe. Handels-Gericht. Competenz. 191
Handelsgericht. Competenz. Ziegelei auf eigenem Grund und Boden. Ankauf von Kohlen. 207
Hessisches und gemeines Concurs-Recht. Stellung des Curators. Cession. Signifikation an den Cridar. Nachlaß-Vertrag . 180
Inkompetenz-Einrede. Verspätung. Faustpfand. Ermächtigung zum Verkaufe 63
Katholische Kirchenfabrik. Gesetzliche Hypothek. Kirchen-Rechner 100
Klagen aus dem Gesellschafts-Vertrage Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Gerichtsstandes des Art. 59 Nro. 5 des B. G.-B. 20
Kosten der Zustellung von Denkschriften und Urtheilen eines Appellaten an die Mit-Appellaten 147
Künstliche Wasser-Leitung. Der kalte Bach zu Burtscheid. Rechts-Verhältnisse der Nutzungsberechtigten 124
Lebensversicherungspolice. Formlose Verpfändung. Ungültigkeit nach Allg Deutschen Handels-G.-B. 131
Mora des Käufers. Klage auf Schadens-Ersatz. Aufforderung gemäß Art 356 des Deutschen H.-G.-B. 176
Nachahmung von Waarenbezeichnungen. Mißbrauch der Firma. Competenz. Evokation 60
Nachbarrecht. Kamine 71
Offene Gesellschaft. Commanditair. Haftbarkeit für frühere Schulden 149
Pflichttheil. Ehegatte. Reduktion des Nießbrauches 212
Posthalter. Postillon. Verantwortlichkeit 115
Privilegirte Muthung des §. 55 des Berggesetzes 163
Resiliationsklage und Vindication. Res judicata. Bedeutung der Berufung des garant formel für den Garantie-Berechtigten 3
Retrakt des Art. 841 des B. G.-B. Cession von Erbrechten. Zustellung. Rückcession 172
Rheinstrom. Grenze zwischen Flußbett und Ufer 142
Rücknahme eines Theiles der Klage. Berufung. Irrthum. Falliment. Anmeldung des Bürgen des Hauptgläubigers. Stille Gesellschaft 36
Schadens-Ersatz. Wasserlauf. Eisenbahn-Anlage 193
Solidarische Mitschuldner. Arrest bei einem derselben. Einrede. 42
Stempel. Lieferungs-Vertrag. Kauf-Vertrag 87
Subhastation. Einspruch des Subhastaten gegen den Bürgen des Ansteigerers. Formelle und materielle Behandlung . . 31

Digitized by Google

Seite.

Subhastation. Titel. Contumazial-Urtheil. Peremtion. Urtheil gegen Minderjährige 139
Theilung. Kaufgeschäft. Zinsen des Kaufpreises. Zinsen von eingezogenen Nachlaßforderungen 26
Untersuchungsrichter. Vorführungs- und Verwahrungsbefehl. Anklagesenat 79
Urkundenstempel. Schenkung. Schuldurkunde. Verjährung. . 12
Urkunde unter Privat-Unterschrift. Sicheres Datum. Vermerk über die Stempelcassirung 178
Versicherungsbetrag. Präclusivfrist zur Anmeldung des Schadens 41
Verifikations-Verfahren. Vergleichungsstücke 55
Vormundschafts-Rechnung. Berichtigung der Irrthümer. Verjährung 11
Wasserabfluß über mehrere Grundstücke. Untheilbarkeit des Rechts. Verfolgung gegen alle Verpflichtete. Oeffentliche Wege-Anlage. Interesse 22
Wechsel. Uneigentlich domizilirter. Protest. Bedeutung von „Zahlbar bei" 66
Wechsel. Collision der Gesetze. Eigener domizilirter. Protest. „Zahlbar bei". Unzulässige Klageänderung. Bereicherungsklage 222

Digitized by Google

Zweite Abtheilung.

A. Rechtsentscheidungen des Königl. Revisions- und Cassationshofes.

Seite.

Alimentations-Pflicht der Eltern gegen ihre Kinder. Armen-Verband. Ersatzanspruch desselben 36

Antrags-Delikte. Rechtsirrthum. Ermittelungen der Staats-Anwaltschaft 129

Appellabilität. Verschiedene theilweise durch decisorischen Eid erledigte, Klageposten 57

Cassations-Recurs. Zulässigkeit. Eintragung in das Firmen-Register. Procura. Aktien-Gesellschaft 106

Competenz. Persönliche Klage. Forum der eröffneten Erbschaft. 14

Eingetragene Genossenschaft. Austritt. Herausgabe des Geschäfts-Antheils 89

Eisenbahn-Gesellschaft. Haftbarkeit. Betriebs-Reglement. Böswliche Handlungsweise 123

Evangelischer Pfarrhausbau. Rechts-Verhältniß der eingepfarrten Civil-Gemeinden in Bezug auf die Kosten der Cultusbedürfnisse zu einander. Rechtskraft 73

Falliment. Concordat. Faustpfand. Hypothekar- und privilegirte Gläubiger. Briefliche Benachrichtigung 101

Faktura. Annahme. Genehmigung. Zahlbar hier. Competenz. 3

Gewerbebetrieb im Umherziehen. Kriterium der Selbstständigkeit desselben. Legitimationsschein. Schauspieler. Gewerbegehülfen 97

Gewerbe-Betrieb. Brennerei und Brauerei. Untersagung. 47

Kauf. Frist-Bestimmung. Fix-Geschäft 84

Kauf-Vertrag. Verzug des Käufers. Verkauf der Waare durch den Verkäufer 119

Machtüberschreitung. Prüfung der Passivlegitimation ohne specielle Einrede. Beamter. Unmittelbare Haftbarkeit bei Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse 59

Digitized by Google

Seite.

Milde Stiftungen. Allg. Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823. Linksrheinischer Theil des Reg.-Bez. Düsseldorf. Bürgerliche Armen-Verwaltung 41

Polizeilich genehmigter Bauplan. Abweichung. Niederlegung des Gebäudes 132

Stempelsteuer. Rechtsweg. Competenz 9

Steuer-Contravention. Competenz. Chausseegeld-Befreiungen. Thierischer Dünger. Guano 81

Synallagmatischer Vertrag. Potestativbedingung 51

Theilung einer Güter-Gemeinschaft bez. Erbschaft. Sicheres Datum. Deklarativ-Effekt. Theilhypothek. Gemeinsame Verpfändung durch sämmtliche Theilhaber 18

Urtheil. Mangel der Entscheidungsgründe. Subhastation. Cession des Miethzinses. Indebitum 29

Verantwortlichkeit des Redakteurs. Thatsächliche Feststellung. Pflicht des Verlegers zur Namhaftmachung des Verfassers oder Herausgebers eines strafbaren Artikels 92

Zeugenbeweis. Gegenbeweis 114

Zucht-Polizei-Appellkammer. Besetzung. Instruktions-Richter. Mitglied der Rechtskammer. Unbefugte Aufführung dramatischer Stücke 65

Digitized by Google

Erste Abtheilung.

Entscheidungen merkwürdiger, bei dem Rhein. Appellationshofe verhandelter Rechtsfälle.

Digitized by Google

Digitized by Google

Competenz. — Gesellschafts-Angelegenheiten. — Auswärtige Gesellschaft.

In Gesellschafts-Angelegenheiten tritt die Competenz des Gerichts, in dessen Bezirk die Gesellschaft errichtet ist — Art. 59 Nr. 5 der B. Pr.-Ordn., — nur dann ein, wenn jener Ort im Gebiet des Rheinischen Rechts gelegen ist, zumal wenn das betreffende fremde Gesetz einen besonderen Gerichtsstand für Gesellschafts-Angelegenheiten nicht enthält. In solchen Fällen ist vielmehr der allgemeinen Regel gemäß das Gericht des Wohnsitzes des Beklagten zuständig.

Norddeutsche Paket-Beförderungs-Gesellschaft — Basels.

Die unter der Firma Norddeutsche Paket-Beförderungs-Gesellschaft Valette-Reinecke-Randel u. Comp. mit dem Sitze zu Berlin bestehende Gesellschaft hatte den Jakob Basels, Inhaber der Firma J. Basels zu Kempen bei dem Handelsgericht zu Crefeld auf Zahlung von 25 % der durch Beklagten gezeichneten 5 Aktien der klägerischen Gesellschaft nebst einer durch

Digitized by Google

die Statuten vorgesehenen Contraventionalstrafe belangt. Die von dem Beklagten auf Grund des Art. 59 Nr. 5 B. Pr.-O. vorgeschützte Incompetenz-Einrede war durch das Handelsgericht als begründet angenommen worden, es ist indessen auf die Berufung der Klägerin folgendes reformatorische Erkenntniß ergangen:

J. E., daß zwar nach Art. 59 Nr. 5 der B. Pr.-O. in Gesellschaftssachen, so lange die Gesellschaft besteht, der Richter des Ortes, wo dieselbe errichtet, zur Entscheidung kompetent ist; daß aber dieser Artikel unzweifelhaft voraussetzt, daß die Gesellschaft im Bezirk des diesseitigen Rechtes errichtet worden sei und nicht Bestimmungen enthält für Gesellschaften, die, wie hier, an einem Orte errichtet, wo die Gesetze einen besonderen Gerichtsstand für solche Gesellschaftssachen nicht kennen, und daher auch die contrahirenden Parteien bei Abschluß ihrer Geschäfte nicht die Absicht haben konnten, sich den ihnen fremden diesseitigen Gesetzen zu unterwerfen; daß daher jener Artikel im vorliegenden Falle keine Anwendung finden kann, vielmehr die allgemeinen Bestimmungen über die Competenz allein maßgebend erscheinen; demzufolge aber, da es sich hier unbestritten von einer Handelssache handelt, das Handelsgericht des Wohnsitzes des Beklagten als die zur Entscheidung allein competente Behörde angesehen werden muß; die gegen die Competenz desselben vorgebrachte Einrede sonach mit Unrecht als begründet angenommen worden ist;

Aus diesen Gründen

nimmt der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die Berufung gegen das Urtheil des Königl. Handelsgerichts zu Crefeld vom 16. September 1870 an, verwirft, unter Reformation desselben, die von dem Appellaten der Klage entgegengesetzte Einrede der Incompetenz, verweist die Parteien zur Verhandlung und Entscheidung in der Sache selbst in die erste Instanz zurück, verurtheilt den Appellaten in die Kosten beider Instanzen und verordnet die Rückgabe der hinterlegten Strafgelder.

II. Senat. Sitzung vom 24. Februar 1871.

Advokaten: Esser I. jr. — Dr. Nacken.

Digitized by Google

Resiliationsklage und Vindication. — Res judicata. — Bedeutung der Berufung des garant formel für den Garantie-Berechtigten.

Wenn im Opposition-Verfahren gegen eine Subhastation die Einsprüche dermaliger angeblichen Eigenthümer zufolge successiver früherer Ankäufe von den Subhastaten und die Intervention und Dritt-Opposition eines Cessionars des Kaufpreises aus dem letzten desfalsigen Kaufe rechtskräftig zurückgewiesen sind, so bilden diese Entscheidungen res judicata für den Anspruch des Cessionars gegen den Ansteigerer im Licitations-Termin auf Abtretung der fraglichen Immobilien zufolge durchgeführter Resiliation des letzten Verkaufes wegen Nichtzahlung des Kaufpreises.

Die Berufung des mit dem Garantie-Berechtigten gleichzeitig belangten und von letzterem dann abcitirten garant formel gegenüber dem Hauptkläger wirkt von selbst für den Garantie-Berechtigten, wenn auch dieser das Urtheil erster Instanz nicht durch Berufung angrtff.

Monheimius — Baumann.

Monheimius hatte auf Grund zweier Urtheile gegen Catharina und Margaretha Knecht vom 11. August 1863 und 31. October 1864 gegen diese die Subhastation verschiedener Grundstücke, insbesondere zweier Parzellen, betrieben und bei der Licitation am 11. Januar 1866 jene sämmtlich angesteigert. Inzwischen verkauften angeblich die Schwestern Knecht am 24. Juli 1863 die erwähnten Grundstücke an Themann; dieser brachte dieselben am 9. September 1864 zur öffentlichen Versteigerung, bei welcher Bierther die beiden besonders genannten Parzellen, eine Reihe anderer Personen die übrigen ansteigerte. Themann cedirte dann die sämmtlichen Kaufpreisforderungen am 16. December 1864 an Schneller. Die meisten Ankäufer aus der Versteigerung vom 9. September 1864, auch Bierther, erhoben auf Grund derselben Einspruch gegen das erwähnte Subhastations-Verfahren; Schneller intervenirte gegen Monheimius und erhob auch Dritteinspruch gegen die

Digitized by Google

ergangene Adjudication. Die sämmtlichen Anträge dieser Gegner des Monheimius wurden indeß aus formellen und materiellen Gründen verworfen. Nunmehr klagte Schneller als Cessionar von Themann gegen Bierther auf Zahlung des von diesem verschuldeten Kaufpreises und erwirkte ein obsiegliches Urtheil für die bereits erfallenen Termine. Seither war angeblich seit 12. December 1867 Baumann Cessionar des Schneller für jenen Kaufpreis geworden; Monheimius hatte die beiden von ihm im Licitations-Termin angesteigerten Parzellen die eine an Bierther die andere an Laufenberg verkauft.

Baumann belangte jetzt Bierther, Monheimius und Laufenberg mit dem Antrage auf Auflösung des Kaufvertrages vom 9. September 1864 für die mehrerwähnten beiden Grundstücke und auf Verurtheilung der Verklagten zur sofortigen Abtretung und Räumung derselben nebst Schadensersatz. Laufenberg ließ Monheimius zur Garantie beiladen.

Die Klage gegen Bierther stützte sich auf die Unterlassung der Zahlung des Kaufpreises, gegen Monheimius und dessen Rechtsnachfolger auf dessen Behauptung eignen Eigenthumsrechtes, dessen Bestreiten des auf dem Immobilar bestandenen Kaufpreis-Privilegiums und das Zerfallen von dessen sämmtlichen Ansprüchen wegen Erschleichung des Zuschlags und Nichtzuziehung des Klägers oder seiner Rechtsvorgänger zum Subhastations-Verfahren als Hypothekar-Gläubiger.

Der Verklagte Bierther erhob keinen Widerspruch. Monheimius behauptete unter Anderm: die Klage sei unzulässig, weil er in einer Subhastation die Immobilen erworben habe, sein Titel also mit dem aufzulösenden Kaufe nicht in Zusammenhang stehe und durch die Auflösung nicht berührt werde; er berief sich dann auf die Rechtskraft der im Subhastations-Verfahren ergangenen Entscheidungen, die mit dem Zuschlage an ihn alle Fragen über das Eigenthum an den Immobilien zu seinen Gunsten erledigt hätten, so daß auch die zudem bestrittenen Unregelmäßigkeiten im Licitations-Termine nicht weiter geprüft werden könnten. Laufenberg griff den Act vom 24. Juli 1863 als simulirt an, was ebenfalls in den Urtheilen auf die Oppositionen gegen die Subhastation festgestellt sei.

Das Landgericht in Bonn erkannte am 22. November 1869 im Sinne der Klage und der Adcitation, namentlich aus folgenden Gründen:

Digitized by Google

J, E., daß Biertber die Resiliationsklage nicht bestreitet;

Daß Monheimius in die Sache gesetzt werden mußte, weil seine Interessen wegen der seinen Ankäufern Biertber und Laufenberg zu leistenden gesetzlichen Garantie von der Entscheidung in der Hauptsache berührt werden;

Daß es für die Wirkung der Resiliationsklage gegen die Drittbesitzer keinen Unterschied macht, ob dieselben in einer freiwilligen Versteigerung oder in einer Subhastation angekauft haben, falls nicht behauptet werden kann, daß der Kläger sich bei dem Verfahren selbst betheiligt und durch Vorbringen von Einreden dagegen oder durch Anmeldung von Ansprüchen processualisch eine förmliche Parteistellung angenommen habe, da er in dieser Unterstellung als Dritter im Sinne des §. 20 der Subhastations-Ordnung anzusehen und hinsichtlich der Geltendmachung seiner Ansprüche auf die in Beschlag genommenen Immobilien nicht an die im §. 30 ibid. bestimmte Frist gebunden ist;

Daß die Urtheile, wodurch die von Biertber und andern Drittbesitzern im Licitations-Termine angemeldeten Eigenthums-Ansprüche und die den Vindikationsklägern sich anschließende Intervention und Drittopposition des Cessionars Schneller abgewiesen worden sind, der Klage nicht entgegenstehen, indem die Entscheidung gegen Biertber den Rechten des Schneller nicht präjudiciren kann und über das dem Schneller als Cessionar des Verkäufers Themann vertragsmäßig gebührende Resiliationsrecht gegen den Ankäufer Biertber so wenig erkannt ist, daß der Appell.-Ger.-Hof gerade in dem Umstande, daß die Kaufverträge, wodurch die Drittbesitzer das Eigenthum der reklamirten Parzellen erworben hatten, zum Vortheile des Schneller nicht aufgelöst waren, den Grund für die Abweisung seiner Intervention, soweit sie sich als eine principale charakterisirte, und seiner Drittopposition gefunden hat; ꝛc.

Endlich, daß die Verwirklichung des dem Kläger hiernach verbliebenen Resiliationsrechtes gegen Biertber die Folge hat, daß die Drittbesitzer zur Abtretung der Immobilen verpflichtet sind;

Zur Adcitation, daß dieselbe sich durch den Kaufact und die eingetretene Eviction rechtfertigt.

Gegen dieses Urtheil legte Monheimius allen Parteien gegenüber Berufung ein.

Digitized by Google

Dieselbe wurde auf Folgendes gestützt:

Die Resiliationsklage habe nicht die Wirkung, daß ohne Rücksicht auf alle und jede Eigenthumsrechte das betreffende Object in das Eigenthum des Klägers zurück kehre; sie löse den betreffenden Kaufvertrag und damit nachträglich alle auf diesen gestützten und ihm folgenden Verträge, einerlei ob die demnächstigen Rechtsnachfolger ihre Rechte durch freiwillige oder zwangsweise Veräußerung erwarben. Monheimius indeß habe gegen die Schwestern Knecht subhastirt, deren Eigenthum der Zeit und dem Rechte nach dem des Themann und Biertber voranging und habe in diesem Sinne gegenüber der Auflösungsklage ein selbständiges unabhängiges Recht, das durch sie nicht berührt werde. Wolle daher Kläger vom Appellanten Ausantwortung der beiden Parzellen mit Erfolg verlangen, so habe er nicht einfach Auflösung und dann lediglich als Folge derselben Räumung auch vom Appellanten als Rechtsvorgänger der Drittbesitzer begehren können, sondern durch besondere Klage und besondern Antrag gerade Vernichtung des Subhastationsverfahrens und Zuschlages betreiben müssen. Ein solcher Angriff des Klägers sei jetzt nicht mehr möglich, denn der Zuschlag sei ein für allemal auch den Rechtsvorgängern des Klägers gegenüber rechtskräftig aufrecht erhalten worden. In dieser Hinsicht werde darauf verwiesen, daß Biertber vor dem Licitationstermine sein angebliches Eigenthum im Sinne des §. 20 der Subhastations-Ordnung geltend gemacht und demnächst Vernichtung des Zuschlages und Anerkennung seines Eigenthums verlangt habe, daß in dieser Procedur auch die Schwestern Knecht Parteien gewesen seien, welche den Anträgen des Biertber nicht widersprochen hätten, daß wegen seiner möglichen Interessen und sich berufend auf dieselben Titel und seine Stellung als Cessionar für den Kaufpreis Schneller intervenirt sei und Drittopposition erhoben habe, mit dem Antrage: den Zuschlag für nichtig und wirkungslos zu erklären und zu erkennen, daß hiedurch der von Biertber erhobene Vindications-Einspruch erledigt werde, daß das Landgericht nicht bloß Einspruch, Intervention und Drittopposition verworfen, sondern ausdrücklich auch die Eigenthums-Ansprüche auf die im Licitations-Termin dem Oppositen zugeschlagenen Immobilien zurückgewiesen habe, daß darauf in 2. Instanz Schneller und Biertber beantragt hätten: den Zuschlag zu vernichten und sie für Eigenthümer der betreffenden Parzellen

Digitized by Google

zu erklären, daß diese Anträge und Angriffe auf jene genau präcisirte Entscheidung des Landgerichtes vom Appell-Hofe zurückgewiesen worden seien; daß mithin das Eigenthum des Appellanten als aus der Hand der Geschwister Knecht kommend contradictorisch und mit allen möglichen Interessenten aus den schwebenden und den überall möglichen obligatorischen und dinglichen Rechtsverhältnissen auch des Resiliationsrechtes anerkannt sei, und zwar unter Verwerfung aller Angriffe, die das Eigenthum selbst betrafen und auf die Verträge vom 24. Juli 1863 und 9. September 1864 sich stützten.

Für Baumann wurde erwidert: Die Wirkung der Resiliation sei hier die: das von Themann auf Biertber übertragene Eigenthum gehe auf ersteren resp. jetzt Schneller und Baumann zurück; dieser könne dasselbe dann von jedem Drittbesitzer in Anspruch nehmen, welcher ein schlechteres Recht auf die Sache habe, als er selbst; das seien zunächst die etwaigen Nachfolger des Biertber, aber nicht minder die, welche ihr Recht von demselben Autor herleiten, aber der Zeit nach später erworben haben; in dieser Lage befinde sich Appellant. Daß dieser durch Subhastation erworben habe, sei gleichgültig, denn diese sei für den frühern Erwerber eine durchaus fremde Sache, die er gänzlich ignoriren könne und die er daher auch keineswegs erst durch einen directen Angriff zu beseitigen genöthigt sei. Von einer Verbindlichkeit des Subhastations-Verfahrens aus andern Gründen könne keine Rede sein. Weder Schneller noch Baumann seien bei der Subhastation Partei gewesen; die Theilnahme der Schwestern Knecht sei gleichgültig, sie hätten die damaligen Anträge von Biertber anerkannt, aber auch dem Verkaufe vom 24. Juli 1863 durch spätere Dispositionen oder späteres Geschehenlassen nicht mehr präjudiciren können; was Biertber angehe, so werde dessen Recht durch die Auflösung ex tunc resiliirt, und Alles was von ihm hinsichtlich dieser Sache disponirt oder gegen ihn erstritten sei, zerfalle damit von selbst; die Theilnahme des Schneller endlich alterire sein eventuelles Recht auf Auflösung nicht, zumal die den Biertber betroffene Entwährung lediglich in einem formellen Versäumniß des letzteren ihren Grund habe; außerdem sei die Intervention nur accessorisch gewesen und habe selbst die Drittopposition lediglich denselben Charakter gehabt; gegenwärtig trete Appellat aus eignem Rechte an der Sache auf und fordere diese für sich;

Digitized by Google

es sei dies in Fundament und Object ein ganz anderer Rechtsstreit, dem durch den früheren in keiner Hinsicht präjudicirt sei.

Für Monheimius und Laufenberg wurde eventuell beantragt, der Hof wolle bei Annahme der Berufung aussprechen, daß damit die Klage, welche gegen Laufenberg mit erhoben worden, auch so viel es diesen betreffe, abgewiesen oder erledigt sei, damit die Adcitation erledigt erklären. Hiefür wurde geltend gemacht: Baumann habe selbst den Monheimius, durch den hindurch Laufenberg sein Recht ableite, in den Prozeß gesetzt; als solcher habe Monheimius schon in 1. Instanz directe Anträge gegenüber dem Kläger genommen, er sei damit als garant formel aufgetreten, Laufenberg nur noch zur Bewahrung seiner Rechte im Prozeß geblieben; die Berufung des Monheimius habe daher Wirkung auch für die Stellung des Laufenberg als Drittbesitzer.

Für Baumann wurde entgegnet: freilich sei Monheimius als Rechtsvorgänger des Laufenberg im Prozesse; gegen letzteren sei aber das Urtheil 1. Instanz rechtskräftig geworden; er habe in dieser nicht verlangt, aus dem Prozesse gesetzt zu werden, noch erklärt, daß er lediglich zur Wahrung seiner Rechte in demselben bleibe, er habe selbständige Anträge gegen die Klage genommen, damit sein Recht selbständig gewahrt, seine Stellung von der des Monheimius selbst getrennt und könne nun dies rechtskräftige Erkenntniß nicht beseitigen dadurch, daß er ein eventuell für Monheimius günstiges Urtheil auch für sich anrufe.

Der Hof erkannte reformatorisch aus folgenden Gründen:

J. E., daß die von dem Appellaten Baumann erhobene Klage zunächst die Resiliation des zwischen Biertber und Themann abgeschlossenen Kaufvertrages vom 9. September 1864 zum Gegenstande hat und darauf gegründet wird, daß Biertber den für die angekauften Immobilien dem Verkäufer Themann verschuldeten und von diesem an Schneller und von letzterm an Baumann cedirten Kaufpreis nicht bezahlt habe;

Daß Biertber der Klage keinen Einwand entgegensetzt und auch das die Auflösung des Kaufvertrages erkennende Urtheil der 1. Instanz nicht mit Berufung angegriffen hat, so daß über die Resiliationsklage rechtskräftig entschieden ist;

Digitized by Google

Daß die Klage insofern sie zugleich gegen Monheimius, Laufenberg und Biertber auf Abtretung der von Biertber durch den Vertrag vom 9. September 1864 angekauften Parzellen gerichtet wurde, nicht darauf gestützt wird, daß Monheimius und Laufenberg diese Parzellen von Biertber erworben und deshalb in Folge der Resiliationsklage zu deren Abtretung gehalten seien;

Daß zu deren Begründung vielmehr aufgestellt wird, daß Monheimius die fraglichen Parzellen in einer Subhastation gegen die Geschwister Knecht am 11. Januar 1866 angesteigert und demnächst an Laufenberg und Biertber verkauft habe, während Themann diese Parzellen bereits am 24. Juli 1863 von den Geschwistern Knecht angekauft habe, so daß Monheimius das Eigenthum derselben in der gegen die Geschwister Knecht im Jahre 1866 stattgehabten Subhastation nicht mehr habe erwerben können;

Daß die Klage somit den Verklagten Monheimius und Laufenberg gegenüber und auch in Beziehung auf Biertber, insofern er sich als Rechtsnachfolger des Monheimius im Besitze einer der fraglichen Parzellen befindet, nur als eine Vindication aufzufassen ist; ꝛc.

Daß Monheimius dagegen zu den Einreden legitimirt erscheint, welche der Vindication der von Laufenberg und Biertber besessenen Parzellen entgegenstehen, da er als deren Autor von dem Kläger in den Prozeß gezogen und als solcher auch dem Laufenberg und Biertber garantiepflichtig ist;

Daß auch die von ihm vorgebrachte Einrede, daß der Vindicationsanspruch bereits rechtskräftig abgewiesen sei und daher nicht mehr geltend gemacht werden könne, als begründet erachtet werden muß;

Daß nämlich Biertber in dem Subhastations-Termine vom 11. Januar 1866, in welchem Monheimius Ansteigerer der von ihm gegen die Geschwister Knecht subhastirten Immobilien wurde, in Gemäßheit §. 20 der Subhastations-Ordnung einen Eigenthums-Anspruch auf Grund seines mit Themann und des von diesem mit ꝛc. Knecht abgeschlossenen Kaufvertrages angemeldet hat, und dieser Anspruch, da er nicht in der gesetzlichen Frist durch Vorladung der betreffenden Parteien wiederholt wurde, was nach §. 30 der Subhastations-Ordnung bei Verlust des Anspruches geschehen mußte, durch Urtheile beider Instanzen verworfen worden ist;

Digitized by Google

Daß hiedurch über die aus jenen Kaufverträgen dem Monheimius gegenüber herzuleitenden Eigenthumsrechte rechtskräftig entschieden ist, und zwar nicht blos hinsichtlich des Biertber sondern auch seines Rechtsvorgängers Themann und des Schneller, welchem die Kaufpreisforderung von Themann cedirt war;

Daß dieses um so mehr anzunehmen ist, da Schneller zur Rechtfertigung des von Biertber erhobenen Eigenthums-Anspruches sowohl accessorisch intervenirt als Drittopposition eingelegt und rechtskräftig abgewiesen ist, so daß über die Eigenthums-Ansprüche, welche von Baumann als Cessionar des Schneller geltend gemacht werden, bereits zwischen seinem Cedenten und Monheimius endgültig entschieden ist;

Daß Baumann, wenn auch Schneller durch Anstellung der Resiliationsklage seine Drittopposition hätte begründen können, nunmehr, nachdem Schneller den Eigenthums-Anspruch in dem Subhastations-Verfahren erhoben und zwischen ihm und Monheimius darüber rechtskräftig erkannt ist, sich durch Anstellung dieser Klage keinen neuen Titel, der ihn zur nochmaligen Geltendmachung des Eigenthums-Anspruchs berechtigt, verschaffen kann;

Daß Laufenberg und Biertber das landgerichtliche Urtheil, welches sie zur Abtretung der von Monheimius angekauften Parzellen verurtheilt, zwar nicht durch Berufung angegriffen haben;

Daß indessen von Monheimius die Abweisung der von Baumann erhobenen Vindicationsklage principaliter beantragt und daher bei dem Umstand, daß die Klage auf Abtretung auch gegen Monheimius gerichtet war, derselbe in die rechtliche Lage eines solchen versetzt ist, der fait et cause für Laufenberg und Biertber im Sinne Art. 182 B. Pr.-O. übernommen hat;

Daß folglich das von ihm erwirkte obsiegliche Urtheil nicht blos die Erledigung der gegen ihn von Laufenberg erhobenen Garantieklage, sondern auch die Reformation des landgerichtlichen Urtheils, insofern Laufenberg und Biertber dadurch zur Abtretung der fraglichen Parzellen verurtheilt sind, zur Folge hat.

I. Senat. Sitzung vom 17. Juni 1871.

Advokaten: Rieth — Nacken, Pheifer, Lautz.

Digitized by Google

Vormundschafts-Rechnung. — Berichtigung der Irrthümer. — Verjährung.

Verträge zwischen dem gewesenen Vormund und dem großjährig gewordenen Mündel ohne Beobachtung der Vorschrift des Art. 472 des B. G.-B. abgeschlossen, bleiben der Anfechtung während der gewöhnlichen Frist (10 Jahre) unterworfen, selbst wenn die durch Art. 475 des B. G.-B. vorgesehene von der Großjährigkeit an laufende 10jährige Frist schon früher abgelaufen sein sollte.*)

Eheleute Ellmann — Hoymann.

Es handelte sich um die Rechtsbeständigkeit zweier Akte vom 11. und 23. Februar 1861, die der Vater mit seiner großjährigen Tochter abgeschlossen hatte. In dem ersteren hatte er ihr, ohne vorherige Mittheilung der Beläge (Art. 472 des B. G.-B.) Rechnung über die geführte Vormundschaft gelegt und sie sich auf Grund derselben als seine Schuldnerin für 753 Thlr. 10 Sgr. 9 Pfg. bekannt, in dem zweiten Akt hatte die Tochter dem Vater Immobilien verkauft und jene Schuld auf den Kaufpreis angerechnet. Die Akte wurden auf Grund des Art. 472 des B. G.-B. als nichtig angefochten und andererseits zur Aufrechthaltung derselben der Art. 475 ibid. bezogen, weil zur Zeit der Klageanstellung unbestritten mehr wie 10 Jahre seit dem Eintritt der Großjährigkeit abgelaufen waren. Der Appellhof hat diese Verjährungseinrede aus folgenden Gründen verworfen:

J. E., daß hiernach der Nichtigkeitsklage rücksichtlich des Aktes vom 11. Februar schlechthin, rücksichtlich des ferneren Aktes in der bezeichneten Beschränkung stattzugeben, auch die Theilung der Gütergemeinschaft zu verordnen wäre, wenn nicht eine Verjährung eingetreten sein sollte, die vom Appellaten behauptet wird, weil im vorliegenden Falle der Art. 475 des B. G.-B. zur Anwendung komme;

Daß inzwischen dieser Behauptung nicht beizutreten ist, vielmehr, der allgemeinen Regel gemäß, die Verjährung der

*) Ueber diese, in der französischen Jurisprudenz sehr bestrittene Frage vergl. die Noten 5 bis 12. Zu Art. 475 des B. G.-B. in dem Supplément zu Sirey Gilbert.

Digitized by Google

Nichtigkeit des am 11. Februar 1861 gethätigten Geschäfts der Appellantin erst mit diesem Tage zu laufen begann;

Daß Appellat mit Unrecht die dem gewesenen Vormunde unter Anerkennung seiner Saldoforderung, bewilligte Entlastung als «faits de la Tutelle» im Sinne des Art. 475 qualificirt, da begrifflich unter derartigen faits lediglich solche Handlungen des Vormundes zu verstehen sind, die er als Vormund, d. h. in Vertretung des Mündels vornimmt, welche Voraussetzung selbstverständlich für die ihm nach Beendigung der Vormundschaft ertheilte Entlastung nicht zutrifft, wobei er in eignem Namen handelt und dem großjährig gewordenen Mündel als Privatperson gegenüber steht;

Daß zwar in nicht seltenen Fällen die Nichtigkeitsklage in Bezug auf ein traité des Art. 472 dadurch gegenstandslos wird, daß wegen Verlaufs der 10jährigen Frist des Art. 475 die Klage auf Stellung der Vormundschafts-Rechnung nicht mehr statthaft ist; — aus dieser Zufälligkeit jedoch nicht die Folgerung hergeleitet werden darf, daß auch da, wo das Interesse der Vernichtung des traité als ein selbständiges fortdauert, wie dies augenscheinlich untergebens der Fall ist, die Nichtigkeit nicht weiter geltend gemacht werden könne;

Daß schließlich entscheidende innere Gründe für eine ausdehnende Interpretation des Art. 475, deren Zulässigkeit übrigens bei dem exceptionellen Character der Bestimmung bezweifelt werden darf, vom Appellaten nicht vorgebracht sind.

II. Senat. Sitzung vom 7. Juli 1871.

Advokaten: Pheifer — Widenmann.

Urkundenstempel. — Schenkung. — Schuldurkunde. — Verjährung.

Die Verjährung der bezüglich der Entrichtung von öffentlichen Abgaben und Gefällen begangenen Vergehen und Uebertretungen und die Verjährung der Civilklage aus einer strafbaren Handlung haben mit der Verjährung der Abgaben und Gefälle selbst Nichts gemein.

Digitized by Google

Art. V. des Gesetzes vom 22. Mai 1852.
Art. XII. §. 1. des Einf.-Ges. vom 14. April 1851.
Ges. vom 31. März 1838 §. 2 Nr. 8.
Ges. vom 18. Juni 1840 §. 13*)

Die Stempelpflichtigkeit einer Urkunde ist zwar nicht lediglich nach dem Wortlaute, sondern nach ihrem ganzen Inhalte und der sich daraus ergebenden rechtlichen Natur des beurkundeten Rechtsgeschäfts zu beurtheilen; die Beurtheilung hat sich aber auf dasjenige Rechts- und Vertragsverhältniß zu beschränken, welches die Parteien in der betreffenden Urkunde selbst als den wirklichen und selbständigen Gegenstand der Beurkundung niedergelegt und dokumentirt haben. **)

Koester — Steuerfiskus.

Das Stempelfiscalat Düsseldorf hatte am 25. August 1869 dem heutigen Appellanten ein Erbschaftsstempel-Feststellungs-Attest über 480 Thlr. (8 % von 6000 Thlrn.) zugehen lassen bezüglich folgender Urkunde:

„Ich Endesunterschriebene bekenne hierdurch, daß ich dem Herrn Wilhelm Koester aus Millingen oder dessen Erben 6000 Thlr. verschulde für Verpflegung und Aufwartung meiner Person in gesunden und kranken Tagen, von meinem baaren ausstehenden Gelde, wo augenblicklich 400 Thlr. bei Wolff, 800 Thlr. bei Roerenberg in Rees und das andere von meinem Mobilarverkaufe bei Roelöffs in Isselburg steht, dieses soll dem W. Koester sechs Wochen nach meinem Tode ausbezahlt werden. Dieses habe ich eigenhändig unterschrieben und mit zwei Zeugen dabei unterschrieben. Gut für sechs tausend Thlr.

Millingen, den 14. November 1862.

H. Roelöffs.
Als Zeuge G. Stevens,
Frau Nieling."

*) Conf. Arch. 52, 2 A., 31.
**) Conf. Arch. 57, 1, 7;
58, 1, 45;
58, 2, 29;
59, 1, 172.

Digitized by Google

Da die Beschwerden im Verwaltungsweg fruchtlos waren, erhob Appellant am 26. Oktober 1869 gegen den appellatischen Fiscus Klage zum Landgericht Köln mit dem Petitum, zu erkennen:

Daß zu obiger Privaturkunde nicht der von dem Königl. Stempelfiscalate zu Düsseldorf monirte Erbschaftsstempel im Betrage von 480 Thlrn., sondern nur ein Stempel von 5 Thlr. zu adhibiren sei, den Steuerfiscus mit jeder Mehrforderung abzuweisen, demselben die Kosten zur Last zu legen. Der Fiscus bestritt nicht nur die Klage, sondern verlangte auch reconveniendo Verurtheilung des Klägers zur Zahlung des defektirten Schenkungsstempels von 480 Thlrn. nebst Zinsen vom Tage der Zustellung des Antrags.

Das Landgericht deferirte den Anträgen des Fiscus in allen Theilen durch sein Urtheil vom 12. April 1870, indem es erwog:

Daß der unterm 14. November 1862 von der Wittwe Tekaat, geborne Roeloffs ausgestellte Schein nicht schon seiner Fassung nach unbedingt als eine zum Beweise einer auf einem lästigen Vertrage beruhenden Schuld des Ausstellers ausgestellte, einfache Schuldurkunde aufzufassen wäre;

Daß daher diese Urkunde nach ihrem Wortlaute und Sinn zu interpretiren ist;

Daß nun in dieser Hinsicht die Behufs Feststellung der Tragweite und des Charakters des besagten Scheins articulirten Thatsachen einen Zweifel darüber nicht aufkommen lassen, daß darin eine nach den hier zur Anwendung kommenden Grundsätzen des Allgemeinen Landrechts gültige Bestätigung resp. das Anerkenntniß eines mündlichen, und zwar remuneratorischen, Schenkungsversprechens enthalten ist, wie dies auch schon in den, überall als richtig anzuerkennenden, Gründen der Urtheile des Appell.-Ger.-Hofes zu Hamm vom 10. Januar 1865 und des Ober-Tribunals vom 7. November 1865 näher ausgeführt ist; daß hiernach und nach der Tarifposition „Schenkung und Erbschaft" der geforderte Stempel gerechtfertigt erscheint;

Daß daher die Klage abzuweisen, dagegen dem Reconventionsantrage stattzugeben ist.

Digitized by Google

Die hiergegen Seitens Koester eingelegte Berufung brachte außer der Frage nach der Natur der stempelpflichtigen Urkunde auch noch die Einrede der Verjährung zur Cognition des Hofes. Appellant behauptete in letzterer Hinsicht, daß mit der Stempelstrafe auch die Nachforderung des Stempels verjährt sei, und daß das allgemeine Gesetz vom 22. Mai 1852 dem §. 2 Nr. 8 des Spezialgesetzes vom 31. März 1838 derogirt habe.

Das öffentliche Ministerium concludirte zu Gunsten des Fiscus; der Hof reformirte jedoch das Urtheil der 1. Instanz durch folgendes Erkenntniß:

J. E., was die von dem Appellanten der Forderung des Appellaten entgegengesetzte Einrede der Verjährung betrifft;

J. E., daß der Art. 5 des Gesetzes vom 22. Mai 1852 nur von der Verjährung der bezüglich der Entrichtung von öffentlichen Abgaben und Gefällen begangenen Vergehen und Uebertretungen, nicht aber von der Verjährung dieser Abgaben und Gefälle selbst handelt, und die Einforderung der letzteren auch mit der Civilklage aus einer strafbaren Handlung, von deren Verjährung der Art. 12 §. 1 des Einführungsgesetzes zum Preußischen Strafgesetzbuch spricht, nichts gemein hat;

Daß untergebens vielmehr nur das für den Bereich des Allgemeinen Preußischen Landrechts erlassene Gesetz wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen vom 31. März 1838 in Anwendung kommt, welches, was die Verjährung der Stempelsteuer betrifft, von dem Gesetz über die Verjährungsfristen bei öffentlichen Abgaben vom 18. Juni 1840 gemäß §. 13 dieses Gesetzes in Kraft belassen worden ist;

Daß aber gemäß §. 2 Nr. 8 des Gesetzes vom 31. März 1838 von der im Allgemeinen für die Nachforderung von Stempeln bestimmten 4jährigen Verjährung ausdrücklich ausgenommen worden sind die Werthstempel, welche mehr als ein Prozent betragen oder zu Verträgen und Schuldverschreibungen zu verwenden sind;

Daß hiernach also, da die Forderung des Appellaten einen Werthstempel von 8 % zu einer angeblichen Schenkungsurkunde zum Gegenstande hat, die vorgeschützte Verjährungseinrede als unbegründet sich darstellt;

Digitized by Google

J. E. zur Sache selbst:

Daß die Stempelpflichtigkeit einer Urkunde zwar nicht lediglich nach dem Wortlaute, sondern nach ihrem ganzen Inhalte und der sich daraus ergebenden rechtlichen Natur des beurkundeten Rechtsgeschäftes zu beurtheilen ist;

Daß diese Beurtheilung sich aber auf dasjenige Rechts- und Vertragsverhältniß zu beschränken hat, welches die Parteien in der betreffenden Urkunde selbst als den wirklichen und selbständigen Gegenstand der Beurkundung niedergelegt und dokumentirt haben;

Daß nun in der fraglichen Privaturkunde vom 14. November 1862 von der Witwe Roeloffs erklärt ist, daß sie dem Appellanten und dessen Erben für Verpflegung und Aufwartung den Betrag von 6000 Thalern verschulde, mithin in der Urkunde selbst ein Schuldbekenntniß vorliegt, welches auch dadurch nicht zur Schenkungsurkunde wird, daß die Auszahlung des schuldigen Betrages aus angegebenen Deckungsmitteln und erst nach dem Tode der Schuldnerin erfolgen soll;

Daß in der Urkunde davon Nichts zu finden ist, daß die Ausstellerin des Scheines 6000 Thlr. zu schenken versprochen habe, daß dies Schenkungsversprechen angenommen worden sei, und daß sie deßhalb jene Summe verschulde, vielmehr in der Urkunde lediglich eine Schuld bekannt und die Verpflegung und Aufwartung unmittelbar als die causa dieser Schuld angegeben ist;

J. E., daß ein Schuldbekenntniß unwahr und die darin angegebene causa falsch sein kann, und ebenso, wie unter einer Urkunde über einen angeblichen Kaufvertrag, so gut auch unter einem Schuldbekenntniß eine Schenkung verhüllt sein kann, dies aber bezüglich der Stempelverpflichtung Nichts ändert, da nach den Grundsätzen der Stempelsteuer die Urkunde nach ihrem Inhalt, nicht aber das Rechtsgeschäft besteuert wird, welches die Parteien nach ihrer wirklichen Willensmeinung unter der unwahren Urkunde versteckt haben, wobei auf der einen Seite die Parteien es auf sich nehmen, eventuell die Unwahrheit der Urkunde oder ihrer causa auf anderm Wege beweisen oder ihren Inhalt gegen sich gelten lassen zu müssen, auf der andern Seite die Bedeutung, welche das Dasein der Urkunde in Verbindung mit anderen Thatsachen und Umständen oder mit anderen Willenserklärungen der Parteien haben mag, um den Beweis oder die

Digitized by Google

Wirksamkeit des wirklich gewollten Rechtsgeschäfts herzustellen, für den Stempel der Urkunde nicht maßgebend ist;

Daß, wenn nun im vorliegenden Falle die Gerichte in dem Rechtsstreit zwischen dem Appellanten und dem Erben der Ausstellerin der Urkunde nach dem Inhalt der bei ihnen angehobenen Klage und den wechselseitigen Auslassungen der Parteien über das wirkliche thatsächliche Verhältniß davon ausgegangen sind, daß in Wirklichkeit nur das Versprechen einer Schenkung vorhergegangen sei, und bei dem Streit, ob zur Gültigkeit die gerichtliche Form nöthig sei, oder ob die Schenkung eine belohnende gewesen, so daß jene Form nicht erforderlich und Schriftlichkeit genügend sei, die remuneratorische Natur der Schenkung aus der hier fraglichen Urkunde entnommen und auch bezüglich der Schriftlichkeit angenommen haben, daß die Urkunde eine schriftliche Bestätigung der vorhergegangenen Schenkung in sich schließe, dieser aus der Gesammtheit von Verhandlungen, Erklärungen und Umständen, welche außerhalb der Urkunde liegen, hervorgegangene Erfolg des Rechtsstreits für die Bestempelung der Urkunde nicht bestimmend ist, und durch die ergangenen Erkenntnisse oder ihre Gründe nicht ausgeschlossen wird, daß die Urkunde selbst und an sich betrachtet ein Schuldbekenntniß bleibt und deßhalb nicht den von dem ersten Richter bestimmten Stempel von 8 Procent, sondern den für Schuldverschreibungen vorgeschriebenen Stempel zu tragen hat;

Aus diesen Gründen

erkennt der Appell.-Ger.-Hof unter Aufhebung des von dem Königl. Landgerichte in Köln vom 12. April 1870 erlassenen Urtheils, daß zu der Privaturkunde vom 14. November 1862, Inhalts deren die Witwe Roeloffs dem Appellanten Koester einen Betrag von 6000 Thalern zu verschulden bekennt, nicht ein Stempel von 480 Thalern, sondern ein solcher von 5 Thalern beizubringen ist, legt dem Appellaten die Kosten beider Instanzen zur Last und verordnet die Rückgabe der hinterlegten Strafgelder.

I. Senat. Sitzung vom 21. Juli 1871.

Advokaten: Franken — Vagedes.

Digitized by Google

Bauverbot. — Abtretung eines Streifens eines Grundstückes zur Straße. — Entschädigung. — Minderwerth des Ueberrestes. — Rechtes Rheinufer.

Auf dem rechten Rheinufer ist bei der Entschädigung, welche dem an einer städtischen Straße angränzenden Eigenthümer dafür gebührt, daß derselbe in Folge der ihm ertheilten Bau-Erlaubniß einen Streifen seines Grundstückes als Bestandtheil der Straße an die Stadtgemeinde abzutreten hat, auch der durch die Abtretung dieses Streifens sich ergebende Minderwerth des dem Eigenthümer verbleibenden Restes seines Grundstückes in Anschlag zu bringen und zu vergüten.

Stadtgemeinde Elberfeld — Fischer.

Fischer als Eigenthümer eines in der Kipdorferstraße zu Elberfeld gelegenen Hauses hatte die Bauerlaubniß zur Errichtung eines Neubaues an Stelle dieses Hauses nachgesucht. Die Bauerlaubniß wurde ihm ertheilt, jedoch mit der Maßgabe, daß er einen Streifen seines Grundstückes von circa 100 Qu.-Fuß an der Straße nicht bebauen dürfe. Auf die Klage des Fischer wurde die Stadt Elberfeld durch Urtheil des Königl. Landgerichtes zu Elberfeld für verpflichtet erklärt, demselben sowohl den Werth des zur Erbreiterung der Straße abgetretenen Streifens als auch die Werthverminderung zu ersetzen, welche das dem Kläger verbliebene Eigenthum durch Abtretung jenes Streifens erlitten habe, und wurde zur Ermittlung der Höhe des Gesammtschadenersatzes eine Expertise angeordnet. Die Berufung der Stadtgemeinde, welche sich gegen die Verpflichtung zum Ersatze jenes Minderwerthes richtete, wurde durch folgendes Urtheil, in Uebereinstimmung mit dem Antrage des Oeffentl. Ministeriums verworfen.

Urtheil:

In E., daß die Parteien in gegenwärtiger Instanz nur noch darüber streiten, ob die appellantische Stadtgemeinde den Appellaten außer dem Grundwerthe des Bodenstreifens, welche bei dem Neubau des appellatischen Hauses an der Kipdorferstraße zur Herstellung des Alignements unbebaut liegen geblieben ist, auch noch die Werthverminderung, welche das

Digitized by Google

dem Appellaten verbliebene Eigenthum durch Abtrennung jenes Streifens etwa erlitten hat, nach Maßgabe der erstrichterlichen Entscheidung zu ersetzen verpflichtet sei;

Daß die appellantische Gemeinde, bei Ablehnung ihrer Entschädigungsverbindlichkeit in Bezug auf den Minderwerth des Restes des appellatischen Eigenthums, auf den Art. 544 B. G.-B. und die der Bauerlaubniß vom 30. Juni 1869 zum Grunde liegende, von der städtischen Verwaltung auf Grund der §§. 5 und 6 des Gesetzes über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 für die Stadtgemeinde erlassene Bau-Polizei-Ordnung vom 2. April 1869 sich stützt, indem sie die Bedingungen, von welcher die Bauerlaubniß abhängig gemacht worden ist, als Eigenthumsbeschränkungen bezeichnet, in Bezug auf welche ein Entschädigungsanspruch ausgeschlossen sei;

Daß indeß die Voraussetzungen der Appellantin schon um deswillen nicht gegeben sind, weil es sich im vorliegenden Falle nicht um eine bloße Umänderung eines Hauses und die rücksichtlich desselben in Bezug auf die Façade, Thüren oder Fenster getroffenen polizeilichen Anordnungen und ebensowenig um eine Entschädigung handelt, welche die Appellantin wegen Verletzung eines Privatrechts in Gemäßheit des §. 4 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 zu leisten verbunden sei, daß vielmehr lediglich die Höhe der Entschädigung in Frage ist, welche den Appellaten dafür gebührt, daß sie in Folge der ihnen in der Bauerlaubniß für den Neubau vorgeschriebenen Baulinie den fraglichen Streifen an die Appellantin dem Eigenthum nach abzutreten genöthigt gewesen sind;

Daß für die Bemessung der Entschädigungssumme die im Art. 545 l. c. ausgesprochenen und im Art. 9 der Verfassungsurkunde anerkannten Grundsätze, mit Ausschluß der Spezial-Bestimmung des Art. 50 des auf dem rechten Rheinufer nicht publicirten Gesetzes vom 16. September 1807 maßgebend sind, wonach eine Eigenthumsentziehung im öffentlichen Interesse nur gegen eine angemessene Entschädigung erfolgen kann;

Daß als eine solche im vorliegenden Falle nicht eine Entschädigung betrachtet werden kann, bei welcher darauf, daß der fragliche Streifen vor dem Neubau kein selbständiges Grundstück sondern mit dem dem Appellaten verbliebenen Reste eines Eigenthums die Grundfläche des frühern appellatischen Hauses gebildet hat, keine Rücksicht genommen wird, während vielmehr der Werth des Streifens sich nach den ihm bei der

Digitized by Google

Abtretung beiwohnenden Eigenschaften daher auch nach Maßgabe des Umstandes, daß er als Bestandtheil des ganzen Grundstücks mit dem für den Appellaten jetzt noch übrig bleibenden Rest in Verbindung stand, zu bemessen ist, und die Appellantin sich darauf nicht berufen kann, daß die von ihr zu leistende Entschädigung nicht denjengen Vortheilen entspräche, welche der Streifen für sie, als Erwerberin des Streifens, künftighin hätte;

Daß hiernach Appellantin nicht beschwert erscheint, wenn der erste Richter dieselbe auch zur Vergütung des Minderwerthes des Restes für verpflichtet erachtet und auf Ermittelung dieses Minderwerthes die über den Grundwerth des Streifens angeordnete Expertise erstreckt hat;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-Ger.-Hof die Berufung wider das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 25. Mai 1870.

I. Senat. Sitzung vom 22. Februar 1871.

Advokaten: Widenmann — C. Pfeifer.

Klagen aus dem Gesellschafts-Vertrage. — Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Gerichtsstandes des Art. 59 Nro. 5 des B. G.-B.

Die Hinweisung der Klagen gegen Gesellschafter aus ihren durch den Gesellschafts-Vertrag bezweckten Rechts-Verhältnissen zu der Gesellschaft oder den übrigen Gesellschaftern durch den Art. 59 Nro. 5 der B. P.-O. an den besondern Gerichtsstand, unter welchem die Gesellschaft ihren Sitz hat, greift dann nicht Platz, wenn in dem Rechtsgebiet, wo die Gesellschaft ihren Sitz hat, das Gesetz den besondern Gerichtsstand für Handelssachen nicht kennt.

Norddeutsche Paket-Beförderungs-Gesellschaft Valette — Plücken.

Die Paket-Beförderungs-Gesellschaft Valette, Steinecke, Raudel u. Comp., welche ihren Sitz in Berlin hat, klagte gegen den Gottfried Plücken zu Crefeld bei dem Königl.

Digitized by Google

Handelsgerichte daselbst auf Zahlung von 283 Thlr., weil der Appellat, der bei der klägerischen Gesellschaft 5 Aktien gezeichnet habe, die auf das Aktien-Capital ausgeschriebenen 10 resp. 15 % nicht bezahlt habe, und daher den obigen Betrag verschulde. Der Verklagte setzte der Klage die Einrede der Incompetenz auf Grund des Art. 59 Nro. 5 des B. P.-O. entgegen, welche auch durch Urtheil des Handelsgerichtes vom 3. Februar 1871 angenommen wurde. Auf die Berufung der Gesellschaft erkannte der Hof reformatorisch, wie folgt.

Urtheil.

In Erwägung, daß gegen den Appellaten in contumaciam zu verfahren ist, da er einen Anwalt nicht bestellt hat;

Daß die von dem ersten Richter angenommene Incompetenzeinrede sich nicht rechtfertigt;

Daß nämlich der allgemeine Grundsatz: actor sequitur forum rei ausdrückt, daß die Klage in der Regel in den Gerichtsstand zu erheben ist, unter welchem der Beklagte seinen Wohnsitz hat, und die Auffassung, daß hier mit Rücksicht auf den Sitz der klagenden Gesellschaft eine Incompetenz ratione domicilii begründet sei, jenem allgemeinen Grundsatz keineswegs entspricht;

Daß der Art. 59 Nro. 5, insoweit er Klagen gegen Gesellschafter aus ihren durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Rechtsverhältnissen zu der Gesellschaft oder den übrigen Gesellschaftern an den besondern Gerichtsstand weist, unter welchem die Gesellschaft ihren Sitz hat, von jener allgemeinen Regel eine Ausnahme macht;

Daß aber im System des Gesetzes hierbei vorausgesetzt ist, daß auch dort der Gerichtsstand für Gesellschaftssachen bestehe, dagegen wo diese Voraussetzung nicht zutrifft, wie im vorliegenden Fall, weil zu Berlin, in dem Rechtsgebiet, wo die Gesellschaft ihren Sitz hat, das Gesetz den besondern Gerichtsstand für Gesellschaftssachen nicht kennt, mithin auch die Gesellschafter sich durch den Gesellschaftsvertrag einem für Gesellschaftssachen bestehenden Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft nicht unterworfen haben, die Ausnahme nicht Platz greift, und daher, um die Rechtshülfe zu gewähren, die allgemeine Regel, daß der Beklagte im Gerichtsstand seines Wohnortes zu belangen ist, Anwendung findet;

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

reformirt der Appell.-Ger.-Hof in contumaciam gegen den Appellaten erkennend das Urtheil des Königl. Handelsgerichts zu Crefeld vom 3. Februar 1871, verwirft die von dem Appellaten der gegen ihn angestellten Klage entgegengesetzte Incompetenz-Einrede, weist die Parteien zur Verhandlung der Sache selbst in die erste Instanz zurück.

I. Senat. Sitzung vom 3. April 1871.

Advokaten: Esser I. jun. — D.

Wasserabfluß über mehrere Grundstücke. — Untheilbarkeit des Rechts. — Verfolgung gegen alle Verpflichtete. — Oeffentliche Wege-Anlage. — Interesse.

Die Klage auf Anerkennung eines Wasser-Abflusses, über mehrere, der Reihenfolge nach zur Aufnahme verpflichtete Grundstücke kann nicht gegen den nächstangrenzenden Nachbar allein, muß vielmehr gegen die sämmtlichen Eigenthümer der belasteten Grundstücke angestellt werden. Hindert eine öffentliche Wege-Anlage den Abfluß in seinem weiteren Verlauf, so ist doch die darauf gegründete Einrede nicht geeignet, das Interesse des Klägers vollständig auszuräumen und die Abweisung der Klage zu bewirken.

Wiedeck — Schmitz.

J. E., daß die von der adcitirten Hospital-Verwaltung in erster Instanz vorgeschützte Einrede, daß durch die von der Gemeinde-Verwaltung auf Grund einer polizeilichen Verfügung vorgenommene Veränderung des Gemeindeweges die Ausübung der von den Appellanten beanspruchten Gerechtsame unmöglich gemacht worden sei, im Falle ihrer thatsächlichen Begründung die Klage nur in so weit, als ihr Petitum die Wiederherstellung des fraglichen durch den veränderten Gemeindeweg gehemmten Wasserabflusses in sich faßte, ausräumen konnte, nicht aber auch insofern sie das rechtliche Bestehen der Servitut den sie contestirenden Eigenthümer der damit belasteten

Digitized by Google

Grundstücke zur Anerkennung zu bringen bezweckte; ein Zweck, der für die Kläger die Voraussetzung ihrer durch eine im Allgemeinen Interesse stattgehabte polizeiliche Unterdrückung nicht aufgehobene Klage auf Entschädigung gegen die Gemeinde bildete;

Daß aber auch abgesehen hiervon, den von der adcitirten Hospital-Verwaltung angerufenen Veränderungen ein auf Unterdrückung des fraglichen Wasser-Abflusses gerichteter Beschluß der Polizeibehörde in der That so wenig zu Grunde lag, daß vielmehr, wie die vorgelegten Bescheide der Administrativ-Behörden ausweisen, die Gemeinde-Verwaltung unter Anerkennung des notorischen Bestandes des Canales zu der von den Appellanten bei ihr in Antrag gebrachten Regulirung und Herstellung des Wasserabflusses ihre Mitwirkung zugesagt, und nur die Appellanten auf das Hinderniß verwiesen hatte, welches dieser Herstellung durch die Bestreitung der Servitut Seitens der Eigenthümer der damit belasteten Grundstücke entgegengesetzt worden war;

J. E., daß mithin die Entscheidungen des ersten Richters in seinem Beweisinterlocute und Endurtheile nicht aufrecht zu erhalten sind, es vielmehr vor Allem auf die Prüfung der Klage selbst in formeller, eventuell in materieller Hinsicht ankommt;

Daß nun die durch dieselbe beanspruchte Gerechtsame keineswegs bloß das Grundstück der Beklagten Schmitz belastet, vielmehr in dem Rechte bestehen soll, das Regen- und alles sonstige in den Gebäuden des klägerischen Grundstückes sich ansammelnde Wasser mittelst eines auf dem klägerischen Grundstücke beginnenden, über eine Reihe von Grundstücken sich hinziehenden, den Gemeindeweg durchschneidenden Abflußgrabens in den Veybach abzuleiten;

Daß eine solche Wasserableitungs-Gerechtsame ihrer Natur nach ein einheitliches Ganze bildet, dessen rechtliche Existenz im Falle der Bestreitung allen sie nicht anerkennenden Eigenthümern der dienenden Grundstücke gegenüber zur Anerkennung gebracht werden muß;

Daß mithin in der Erhebung der Klage lediglich gegen den nächsten Nachbarn ein formelles und auf dem Wege der successiven Adcitation der folgenden Nachbarn auch nicht heilbares Gebrechen lag, die Klage also angebrachter Maßen abzuweisen war;

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

nimmt der — Hof die wider das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Bonn vom 19. April 1869 eingelegte Hauptberufung insofern an, als dasselbe die Klage der Appellanten als zur Zeit unbegründet abgewiesen hat, weist statt dessen die Klage angebrachter Maßen ab.

III. Senat. Sitzung vom 28. April 1871.

Advokaten: Pheifer — Wallraf, Herbertz, Dubelmann.

Solidarische Mitschuldner. — Arrest bei einem derselben. — Einrede.

Der bei einem solidarischen Mitschuldner gegen den Gläubiger angelegte Arrest begründet für einen andern solidarischen Mitschuldner keine Einrede gegen die von dem Gläubiger gegen ihn auf Zahlung gerichtete Klage.

Auf der Mauer — Theisen.

Carl Auf der Mauer miethete von Wilhelm Birrecoven ein Wirthschaftslokal und verband sich Christian Auf der Mauer solidarisch mit demselben zur Zahlung der Miethe. Auf Grund dieses Verhältnisses wurden beide, dem Birrecoven gegenüber, durch ein rechtskräftiges Urtheil solidarisch zur Zahlung von 692 Thlr. 25 Sgr. verurtheilt.

Dieser Betrag wurde an Theisen cedirt, und ließ dieser nach vorheriger Signification des Cessionsaktes an die beiden genannten Auf der Mauer den Christian Auf der Mauer durch Zahlungsbefehl vom 10. October 1870 zur Zahlung jener 692Thlr. 25 Sgr. auffordern. Gegen diesen Zahlungsbefehl opponirte Christian Auf der Mauer aus dem Grunde, weil vor der Cession mehrere Arreste gegen Birrecoven bei Carl Auf der Mauer angelegt worden seien, und beantragte er die Aufhebung des Zahlungsbefehles bis zur Höhe der angelegten Arreste;

Durch Urtheil des Landgerichts zu Aachen vom 12. Januar 1870 wurde die Opposition verworfen und erfolgte auf die

Digitized by Google

Berufung des Christian Auf der Mauer das nachstehende Bestätigungs-Urtheil.

Urtheil:

J. E., daß der Appellant sich solidarisch mit seinem Sohne Carl Auf der Mauer zu der Forderung des Appellaten verpflichtet hat;

Daß sonach die Forderung zwar nach Substanz und Inhalt eine einheitliche ist, aber gegen den Appellanten sowohl wie gegen seinen solidarischen Mitschuldner geltend gemacht werden kann;

Daß durch die bei dem Mitschuldner des Appellanten angelegten Arreste nicht die Forderung selbst in ihrer einheitlichen Substanz getilgt, gemindert oder angegriffen ist, sondern nur ein rechtloses Hinderniß eingetreten ist, die Forderung gegen die Person dieses Mitschuldners geltend zu machen, weil dieser wegen der Arreste nicht gültig zahlen kann;

Daß dies Hinderniß zu zahlen, bei dem Appellanten nicht besteht, indem bei ihm keine Arreste liegen, von ihm gültig gezahlt werden kann und durch die Tilgung der Schuld, welche durch seine Zahlung bewirkt wird, die bei seinem Mitschuldner angelegten Arreste sich als gegenstandlos erledigen;

Daß sogar, wenn die Arreste für gültig erklärt wären, die Forderung bis dahin, daß der Mitschuldner des Appellanten Zahlung geleistet hätte, noch in ihrem ursprünglichen Wesen und Inhalt fortbestände, wie denn auch der Gläubiger seinen Arrestgläubigern gegenüber nur, wenn der Drittarrestat zahlt und insoweit diese Zahlung reicht, liberirt wird;

Daß der Appellant als Solidarschuldner seinen Gläubiger nicht darauf verweisen kann, abzuwarten, ob der Mitschuldner an die Arrestgläubiger zahlen werde oder ob es den letzteren gefallen werde, die Exekution gegen denselben durchzuführen, so daß Appellant erst nach fruchtloser Verfolgung seines Mitschuldners und bei Insolvenz desselben verurtheilt werden könnte, was mit seiner solidarischen Verpflichtung in Widerspruch steht;

Daß der Appellant als Solidarschuldner auch kein berechtigtes Interesse zu seiner Einrede hat, indem es für ihn gleichgültig ist, ob der Gläubiger oder dessen Gläubiger, welche den Arrest angelegt haben die Zahlung erhalten, und der Appellant auch durch den Umstand, daß er Kenntniß von den

Digitized by Google

Arresten hat, sich bei seiner Zahlung an den Appellaten jenen Arrestgläubigern nicht verantwortlich macht, indem keineswegs ein dolus oder eine Rechtsverletzung gegen diese Arrestgläubiger darin liegt, wenn er sich von seiner Schuld liberirt und nicht für die Gläubiger sorgt, welche es unterlassen haben, bei ihm Arrest zu legen, daß nach allen diesem der Appellant nur eine persönliche Einrede seines vorliegend solidarischen Mitschuldners vorschützt, welche die Forderung selbst nicht trifft und dem Bestande der Forderung nicht angehört, daher von dem ersten Richter mit Recht mit dieser Einrede zurückgewiesen ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-Ger.-Hof die Berufung gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 14. Juni 1871 unter Verurtheilung des Appellanten in Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 5. Juli 1871.

Advokaten: Widenmann — Maaßen.

Theilung. — Kaufgeschäft. — Zinsen des Kaufpreises. — Zinsen von eingezogenen Nachlaßforderungen.

Auf einen Vertrag, welcher zwischen Miterben den Uebertrag des Alleineigenthums der gemeinschaftlichen Immobilien an einen Miterben für den Anschlagspreis zum Gegenstande hat, findet die Bestimmung des Art. 1652 des B. G.-B. Anwendung. Der Erwerber hat den Erwerbspreis von Rechtswegen, ohne besondere Vertragsstipulation zu verzinsen. (conf. Archiv Bd. 45 I. Abthlg. S. 199.)

Beträge aus Nachlaßforderungen, welche von einzelnen Miterben in Empfang genommen werden, sind von diesen vom Tage des Empfanges an zu verzinsen. (conf. Aubry u. Rau §. 624 Note 23 3. Ausg. Bd. 5. S. 268.)

Gelzleichter — Weisgerber.

Nach dem Tode von Karl Gelzleichter im October 1863 einigten sich dessen beide einzigen Erben, nämlich sein Sohn

Digitized by Google

zweiter Ehe Johann Gelzleichter und seine Tochter erster Ehe Katharina Ehefrau Weisgerber durch Vertrag vom 18. März 1864 in folgender Weise:

I. „Das Haus vom Vater behält der Sohn um 300 Thlr. mit allen in solchem befindlichen Hausmobilien.
II. Jeder Erbe behält die Erbgüter seiner Mutter zum Eigenthum ohne Aufgeld.
III. Die Ausstände bleiben zu gleichen Theilen theilbar.
IV. Alle Güter vom Vater und die in zweiter Ehe erworbenen werden durch den Ortsvorsteher Peter Schmidt und Schullehrer Adam Alles dahier pflichtgemäß abgeschätzt und solche verbleiben:
V. Dem Erben Johann Gelzleichter um die zu bestimmende Taxe, aber dafür muß derselbe 100 Thlr. über die Taxe einwerfen in die Masse.
VI. Ehefrau Weisgerber conferirt noch in die Masse 75 Thaler.

Später entstanden Streitigkeiten unter den Parteien; Johann Gelzleichter bestritt die Gültigkeit des vorstehenden Vertrags; durch rechtskräftig gewordenes Urtheil wurde aber entschieden, daß die Theilung nach Maßgabe des Abkommens stattzufinden habe;

Bei Aufstellung der Masse nahm nun der Notar in dem Theilungsstatus vom 3. September 1869 unter den Aktivis der Masse 5% Zinsen, sowohl von dem von Johann Gelzleichter verschuldeten Taxpreise der Immobilien, wie von den seitens des einen oder anderen Miterben eingezogenen Masseausständen auf, und zwar die ersteren Zinsen vom Tage des Abkommens dem 18. März 1864 ab, die anderen Zinsen von den Tagen des Empfangs der einzelnen Posten.

Gegen diese Zinsberechnung opponirte Johann Gelzleichter, weil eine vertragsmäßige Verbindlichkeit zur Verzinsung nicht obwalte, eine gesetzliche aus dem Artikel 856 des bürgerlichen Gesetzbuches nicht hergeleitet werden könne, da es sich nicht um Conferenden handele, er auch sodann die Grundstücke größtentheils nicht genutzt habe, höchstens ein Früchteersatz aber nicht die Verzinsung des Taxpreises von ihm gefordert werden könne, endlich weil äußerstenfalls auch er zufolge ausdrücklichen Abkommens die Grundstücke frei hätte benutzen dürfen.

Digitized by Google

Durch Urtheil vom 5. April 1870 erkannte das Königl. Landgericht zu Saarbrücken über diese Conteſtation wie folgt:

J. E., daß anlangend die Zinſen von dem Tarwerthe der Immobilien nach der unzweideutigen Wortfaſſung des Vertrags vom 18. März 1864 (verbis das Haus vom Vater behält der Sohn, alle Güter vom Vater und die in zweiter Ehe erworbenen verbleiben dem Erben Johann Gelzleichter,) angenommen werden muß, ſowohl daß dieſer Vertrag den Zweck und die Wirkung hatte, die bisher bezüglich dieſer ſämmtlichen Immobilien beſtehende Gemeinſchaft aufzuheben, und dieſelben dem Verklagten als Alleineigenthum zu übertragen, als auch, daß dieſer damals im Beſitze dieſer Immobilien ſich befunden habe;

Daß hiernach die Verpflichtung des Verklagten, von dem Anſchlagspreiſe resp.. Tarwerth dieſer Immobilien vom Tage des Vertragsabſchluſſes ab Zinſen zu entrichten, und ohne daß es dieſerhalb darauf ankommen könnte, ob er wirklich, wie ſeinerſeits beſtritten wird, von dieſen Immobilien Früchte bezogen hat, einem Bedenken nicht unterliegen kann: Art. 883, 887 des B. G.-B., falls nicht, wie Verklagter event. aufſtellt, eine anderweitige Vereinbarung bezüglich dieſer Zinſen zwiſchen den Parteien ſtattgefunden hat;

Daß der Verklagte zum Beweiſe dieſer Vereinbarung der Eidesdelation in zuläſſiger und erheblicher Weiſe ſich bedient und auch der Kläger den deferirten Eid in entſcheidender Norm angenommen hat.

Daß was dagegen die Zinſen der durch den Verklagten erhobenen Maſſeausſtände angeht, bezüglich dieſer letzteren in dem Vertrage vom 18. März 1864 lediglich beſtimmt iſt, daß dieſelben zu gleichen Theilen theilbar bleiben ſollten;

Daß hiernach jede der Parteien befugt war dieſe Ausſtände zur Hälfte zu erheben, und für den Verklagten, welcher mehrere ſolcher Ausſtände einſeitig ganz erhoben hat, weder, da die Kläger dieß geſchehen ließen, ohne gegen die Auszahlung resp. Erhebung der ganzen Beträge, ſei es bei den betreffenden Schuldnern, ſei es bei ihm Widerſpruch zu erheben, eine vertragsmäßige noch auch, da eine Inverzugſetzung desſelben nicht ſtattgefunden hat, und ein Beweis darüber, daß er die eingezogenen Ausſtände in eigenem Nutzen ver-

Digitized by Google

wendet habe, nicht erboten wird, — eine gesetzliche Verpflichtung besteht, von den erhobenen Beträgen Zinsen zu entrichten;

Daß, was die von den Klägern eventuell geltend gemachte Gegencontestation betrifft, dieserhalb, insoweit sie die Zinsen der durch sie eingezogenen Massenausstände zum Gegenstande hat, dieselbe Beurtheilung wie für den Verklagten Platz greift,

Aus diesen Gründen

verordnete das Landgericht, daß in der Schlußliquidation der einen oder anderen Partei zur Last gelegten Zinsen von eingezogenen Ausständen abgesetzt würden und gab, rücksichtlich der Zinsen von dem Taxpreise der Immobilen den Eheleuten Weisgerber einen Eid über die vorgebliche Verabredung einer zinsfreien Benutzung auf.

Gegen dieses Urtheil wurde von Johann Gelzleichter rücksichtlich der Zinsen von dem Taxpreis der Immobilien die Hauptberufung, von den Eheleuten Weisgerber rücksichtlich der Zinsen von den eingezogenen Ausständen die Incidentberufung eingelegt.

Der Hof erkannte wie folgt:

J. E. zur Hauptberufung:

Daß der gegenwärtig nur in Betracht kommende Theil des Privatvertrages vom 18. März 1864, welcher den Uebertrag des Alleineigenthums des von dem gemeinschaflichen Erblasser der Parteien, Carl Gelzleichter, herrührenden Hauses und Güter sowie der von demselben während der zweiten Ehe errungenen Grundstücke an den Appellanten zum Anschlagspreise beziehungsweise Taxwerthe zum Gegenstande hat, in der hier fraglichen Beziehung einem Kaufvertrage gleich zu stellen ist, da in denselben gegen Uebertragung des Eigenthums an einer fruchttragenden Sache als Gegenleistung eine Geldsumme stipulirt ist, daher das Verhältniß und die ratio des Art. 1652 des B.G.-B. obwaltet und dem Appellanten von Rechtswegen und ohne besondere Vertragsstipulation die Verpflichtung zur Verzinsung der Erwerbspreise obliegt, eine Verpflichtung, welche durch die von den Appellaten am 6. Juli 1864 erhobene Theilungsklage ebenso wenig wie durch die Verhandlungen und Entscheidungen über die rechtliche Wirksamkeit jenes Vertrags aufgehoben oder auch nur beschränkt worden

Digitized by Google

ist, da die Procedur-Acten der Theilungskläger resp. Appellaten sämmtlich die Aufrechthaltung und Vollziehung des Vertrags zur Voraussetzung haben, Appellant aber selbstredend auf die von ihm der Gültigkeit des Vertrags entgegengesetzten Einreden sich nicht berufen kann, um der Erfüllung der Verpflichtung zur Verzinsung der Ankaufspreise sich zu entziehen;

Daß Appellant, welcher nach Ausweis der bezüglichen Vertragsstipulation: „der Sohn (Appellant) behält das Haus und ihm verbleiben die natürlichen und errungenschaftlichen Güter" bereits zur Zeit des Abschlusses des Vertrags im faktischen Besitze dieser Immobilien sich befand und letztere, des darüber anhängigen Prozesses ungeachtet, ihrem ganzen Umfange nach zu benutzen in der Lage war, nur sich selbst es beizumessen hat, wenn er die Früchte von den fraglichen Immobilien während der gerichtlichen Verhandlungen über die rechtliche Wirksamkeit des Vertrags entweder gar nicht oder nur theilweise bezogen hätte;

Daß demzufolge Appellant nicht beschwert ist, wenn der erste Richter unter Anerkennung der Verpflichtung desselben zur Verzinsung der Erwerbspreise, die Entscheidung von dem Seitens des Appellanten den Appellaten über ein Abkommen der Parteien in Betreff der Benutzung der fraglichen Realitäten zugeschobenen Entscheidungseide abhängig gemacht hat;

J. E., auf die Incident-Berufung:

Daß der von dem ersten Richter vermißte gesetzliche Grund zur Verpflichtung der einzelnen Miterben, die von ihnen in Empfang genommenen Beträge aus Forderungen des Nachlasses von den Tagen des Empfangs ab zu verzinsen, insoweit es Zinsen seit der Theilungsklage betrifft, schon in der Anstellung dieser Klage liegt, welche nach ihrer Natur und Zweckbestimmung auch ohne ausdrückliche und specielle Erwähnung im Klagelibell den Anspruch auf Einwerfen der von den Miterben zur Masse zu bringenden Gelder umfaßt;

Daß aber auch in Betreff der vor der Klage erhobenen Gelder der vermißte Rechtsgrund in den Bestimmungen des Art. 826 des B. G.-B. in Verbindung mit Art. 856 l.c. gegeben ist, wonach behufs Gleichstellung der Erben unterein-

Digitized by Google

ander die Rapportpflicht sich auch auf die Summen, welche Miterben der Masse verschulden, erstreckt, und die rapportirenden Summen seit dem Todestage des Erblassers oder selbstverständlich bei einer spätern Entstehung der Schuld seit dem Tage der Entstehung zu verzinsen sind;

Daß daher die Anträge der Incidentappellanten begründet sind, letztere sich auch bereit erklärt haben, gleich dem Incidentappellanten die Zinsen der von ihnen erst nach der Klage erhobenen Ausstände des Nachlasses von den Tagen des Empfangs ab nach Maßgabe der Liquidation vom 3. September 1869 mit 44 Thlr. 14 Sgr. 6 Pfg. sich anrechnen zu lassen;

Aus diesen Gründen

verwirft der App.-Ger.-Hof die Hauptberufung gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Saarbrücken vom 5. April 1870, nimmt dagegen die Incidentberufung gegen dieses Erkenntniß insofern an, als dasselbe die Absetzung der den Appellanten in der Schluß-Liquidation so wie ferner der daselbst den Appellaten zur Last gelegten Zinsen verordnet hat, hebt diese Entscheidung auf und erklärt an dessen Statt den Appellanten für verpflichtet, die in der Liquidation aufgeführten Massenausstände nach Maßgabe der Liquidation von den darin angegebenen Tagen der Empfangnahme ab der Masse zu vergüten.

I. Senat. Sitzung vom 21. Juli 1871.

Advokaten: Bessel — Drewke.

Subhastation. — Einspruch des Subhastaten gegen den Bürgen des Ansteigerers. — Formelle und materielle Behandlung.

Der Friedensrichter ist als Leiter der Subhastation befugt, die Bürgschaft, welche ein Ansteigerer im Lizitations-Termin stellt, zurückzuweisen und den betreffenden Zuschlag zu verweigern.

Solche Verordnung hat jedoch nur einen provisorischen Character in der Art, daß sie in den

Digitized by Google

Formen und Fristen des §. 29 der Subhastations-Ordnung angegriffen werden kann.

Derjenige, welcher als Gläubiger des Subhastaten voraussichtlich aus dem Erlöse einen größeren Betrag zu beziehen hat, als er für den Ansteigerer verbürgt, ist als zahlungsfähiger Bürge anzuerkennen.

Kremer — Schleger.

Beim Friedensgericht Rheinberg brachte Appellant Kremer mehrere Immobilien gegen seine Schuldner Eheleute Schleger zur Subhastation. Im Lizitationstermin blieb die Ehefrau Kremer Meistbietende auf 2 Parzellen und stellte ihren Mann, welcher Gläubiger der Subhastaten für einen größern Betrag als der Steigpreis war, als Solidarbürgen. Auf den Einspruch der Subhastaten wies das Friedensgericht den Bürgen als ungenügend zurück und ertheilte weder der Ehefrau Kremer, noch überhaupt Jemanden, den Zuschlag. Deßhalb erhoben die Eheleute Kremer Oppositon mittelst Ladung an das Landgericht zu Cleve und verlangten für die Meistbietende Ehefrau Kremer unter solidarischer Verbürgung ihres Mannes den Zuschlag. Das Landgericht wies aber die Klage ab, weil es den Kremer, welcher fallit gewesen, nicht als solventen Bürgen anerkannte und seine etwaige Betheiligung an den Steiggeldern als erst aus dem künftigen Kollokationsverfahren resultirend unberücksichtigt ließ.

In der Berufungsinstanz wurde wesentlich darüber verhandelt ob das Verfahren des Friedens-Gerichts korrekt gewesen oder nicht, ob die Entscheidung des Friedensgerichts einen definitiven oder bloß provisorischen Character habe, ob die Solvenz des Bürgen aus den Subhastationsacten selbst oder aus den sonst produzirten Titeln zu entnehmen sei, so daß die Verweisung auf die künftige Kollokation nicht am Platze gewesen.

Der Hof erkannte für die Appellanten durch folgende reformatorische Entscheidung:

J. E., daß der Friedensrichter in der Stellung, welche die Subhastationsordnung ihm als Leiter des Subhastations-Verfahrens anweist, auch zu der Maßregel, welche der Friedensrichter zu Rheinberg in casu durch Zurückweisung

Digitized by Google

der Bürgschaft des Appellanten Kremer und Verweigerung des betreffenden Zuschlages getroffen hat, befugt erachtet werden muß;

Daß diese Verordnung aber, wie andere ähnliche, nur als eine provisorische in sofern zu erachten ist, als sie in den Formen und Fristen des §. 29 der Subhastations-Ordnung angegriffen werden kann und ihre Aufrechthaltung der Entscheidung des Landgerichtes unterliegt;

Daß nun schon die vorhandene Eigenschaft des Appellanten Kremer als Gläubiger der appellatischen Subhastaten der Zurückweisung desselben als zahlungsunfähigen Bürgen widerspricht;

Daß nämlich die Subhastationsacten ergeben, daß dem Appellanten von den Steiggeldern ein größerer Betrag zukommt, als der, für den er Bürge geblieben ist;

Daß daher, sowie von einer Zahlungsunfähigkeit desselben hinsichtlich dieses Betrages keine Rede sein kann, wenn er für seine Forderung auf seine Frau, für welche er Bürge geblieben ist, also eventuel auf sich selbst angewiesen wird, so auch, wenn er auf einen anderen Ansteigerer angewiesen wird, seine Zahlungsfähigkeit bis zum Belaufe des verbürgten Betrages nicht zu bezweifeln ist;

Daß demnach, ohne daß es auf die subsidiarisch erbotenen Beweise ankommen kann, das Urtheil a quo dem Antrage des Appellanten gemäß abzuändern, die Appellanten Eheleute Schleger in die Kosten beider Instanzen zu verurtheilen sind, dadurch aber die Inzidentberufung hinfällig wird;

Aus diesen Gründen

nimmt der Hof unter theilweiser Abänderung des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Cleve vom 23. Juli 1871 die durch Vorladung vom 12. Juli 1870 eingelegte Opposition der Appellanten Eheleute Kremer an, ertheilt der Ehefrau Kremer unter solidarischer Verbürgung ihres Mannes den Zuschlag für ꝛc.

III. Senat. Sitzung vom 27. Juli 1871.

Advokaten: Franken — Bessel.

Digitized by Google

Aussichts-Fenster. — Abänderung derselben. — Erleichterung der Dienstbarkeit.

1. Ungesetzliche Fenster, die nach Abbruch eines alten Gebäudes in dem Neubau eingerichtet werden, haben rechtlichen Bestand, auch wenn sie nicht in Beschaffenheit und Lage ganz mit den früheren übereinstimmen, sofern sie nur die Dienstbarkeit des benachbarten Grundstückes nicht mehr belästigen.
2. Bei der Frage nach der größeren oder geringeren Belästigung kommt der Gesichtspunkt, ob aus den Fenstern Schmutz ꝛc. leichter auf das Dach des Nachbarn geworfen werden kann, nicht in Betracht; resp. das aus den neuen Fenstern leichter ermöglichte Hinauswerfen von Schmutz rechtfertigt nicht den Antrag auf Unterdrückung der Fenster, sondern nur eine Klage auf Schadensersatz.

Erben Hermes — Zimmermann.

Der Restaurateur Zimmermann zu Elberfeld hatte sein altes Haus abgerissen und an Stelle desselben ein neues Haus errichtet. In der, nach einer nur 3 Fuß breiten, zwischen diesem und dem Hause des Nachbarn Hermes gelegenen, Gasse stehenden Giebelwand des alten Hauses hatten sich 4 Fenster befunden, welche auf die verschiedenen Stockwerke vertheilt gewesen waren. Bei Errichtung des Neubaues und Wiederaufführung jener Giebelwand, wurden 4 ähnliche Fenster jedoch im 4. und 5. Stockwerke angebracht. Hermes klagte auf Unterdrückung der Fenster. Nachdem unterdessen die Existenz des vorbezeichneten Zustandes seit 30 Jahren dargethan war, wurde die Klage durch das Urtheil des Landgerichts zu Elberfeld vom 27. Oktober abgewiesen.

Gegen dieses Urtheil appellirten die Erben Hermes und wurden in Folge dessen vor dem Hofe unter anderem folgende Fragen discutirt:

1) Ob die neuen Fenster, um Bestand Rechtens zu haben, genau dieselbe Beschaffenheit und Lage wie die alten haben müßten — oder ob es lediglich darauf ankomme, ob die neuen Fenster dem Nachbarn lästiger wären, als die alten?

Digitized by Google

2) Ob in Bezug auf die Frage nach der Belästigung auch in Betracht zu ziehen sei, inwieweit aus den jetzigen Fenstern leichter Gegenstände auf das Nachbareigenthum geworfen werden könnten — oder ob lediglich zu untersuchen sei, in wieweit die Aussichts-Dienstbarkeit für das benachbarte Grundstück erschwert sei und Rücksichten, die mit der Aussicht in keiner Verbindung ständen und nicht auf den Gebrauch, sondern auf den Mißbrauch der Fenster sich bezögen, außer Acht zu lassen seien?

Der Hof erkannte wie folgt:

In Erwägung, daß, wie der erste Richter ausgeführt hat, durch die Zeugenaussagen genügend erwiesen ist, daß in dem im Jahre 1864 abgebrochenen Hause der Appellanten seit 30 Jahren sich 4 Fenster, in verschiedenen Stockwerken befunden haben;

Daß, wenn nun auch die 4 Fenster, welche sich gegenwärtig in dem 4. und 5. Stockwerke des von dem Appellanten neu erbauten Hauses befinden, in der Höhe, Breite und Entfernung vom Boden nicht ganz mit den früheren Fenstern übereinstimmen, dadurch doch nicht eine Erschwerung, sondern eine Erleichterung der Dienstbarkeit für das appellantische Haus herbeigeführt worden ist, indem die gegenwärtigen Fenster dem Appellanten nur eine Aussicht auf das appellantische Dach gewähren, wogegen aus den früheren Fenstern in das appellantische Haus hineingesehen werden konnte;

I. E., daß die Appellanten im Laufe des Prozesses zwar auch noch die Behauptung aufgestellt haben, daß aus den 4 streitigen Fenstern häufig unreine Flüssigkeit, Schmutz und feste Körper auf ihr Dach und wider die Fenster geworfen worden und daß dadurch das Dach und die Fenster ihres Hauses vielfach beschmutzt und beschädigt worden seien, welches Appellat jedoch bestreitet;

Daß, wenn auch die appellantische Behauptung richtig wäre, dieses doch die angestellte Klage nicht rechtfertigen, sondern die Appellanten nur berechtigen würde, eine Klage auf Schadensersatz anzustellen;

Daß daher der in dieser Beziehung von den Appellanten in dem gegenwärtigen Rechtsstreite erbotene Beweis als unerheblich erscheint.

Digitized by Google

Aus diesen Gründen
verwirft der Hof die Berufung der Erben Hermes u. s. w.
III. Senat. Sitzung vom 27. Oktober 1870.
Advokaten: Bessel — Drewcke.

Rücknahme eines Theiles der Klage. — Berufung. — Irrthum. — Falliment. — Anmeldung des Bürgen des Hauptgläubigers. — Stille Gesellschaft.

1. Ein in erster Instanz aus Irrthum zurückgenommener Klageposten, über den der erste Richter nicht erkannt hat, kann nicht durch Berufung in zweiter Instanz, sondern nur wiederum beim ersten Richter geltend gemacht werden.
2. Dieselbe Forderung, welche der Gläubiger bei der Fallitmasse des Schuldners geltend macht, kann nicht gleichzeitig auch vom Bürgen dort geltend gemacht werden.
3. Wenn in einem eine stille Gesellschaft begründenden Vertrage jeder Gesellschafter für berechtigt erklärt wird, jährlich eine bestimmte Summe für sich aus der Gesellschaftskasse zu entnehmen; so erwächst in Folge der berechtigten oder unberechtigten Geldentnahme des Geschäftsinhabers dem stillen Gesellschafter keine selbstständige Forderung von gleichem Betrage, sondern die Herausnahme kömmt nur insoweit in Betracht, als sie Einfluß auf das Geschäft, auf dessen Gewinn oder Verlust und schließlich auf die Höhe des dem stillen Gesellschafter zur Last fallenden Verluste-Antheils hat.
4. Wenn ein stiller Gesellschafter die vertragsmäßige Einlage nicht eingezahlt hat, so sind alle Zahlungen, die er in Folge von Bürgschaften für Geschäftsschulden oder in Folge von Wechseln, welche der Geschäftsinhaber auf ihn gezogen hat, oder auch baar gemacht hat, nur als theilweise Erfüllung der ihm obliegenden Einlageverbindlichkeit anzusehen und auf dieselbe anzurechnen.

Digitized by Google

J. W. Schmitz, Sohn — Falliment Fischer.

J. E., daß die Appellantin sogleich beim Eingange der Verhandlungen erster Instanz ausdrücklich erklärt hat, daß ein Theil der Forderung, für welche sie bei der appellatischen Fallitmasse zugelassen zu werden verlange, nämlich der Betrag von 8060 Thlr. 14 Sgr., sich darauf gründe, daß sie bei fünf Gläubigern des Falliten Fischer, für den Falliten Bürgschaft geleistet habe, und in Folge dieser Bürgschaftleistungen zur Zeit diesen Creditoren den obigen Betrag verschulde;

Daß Appellantin demnächst bei den Verhandlungen zu dem durch Berufung angegriffenen Urtheil ihre Klage für diesen Betrag formell zurückgenommen hat und der erste Richter, in Folge dieser Zurücknahme, über diesen Theil der Klage gar nicht erkannt hat;

Daß da in dieser Weise der fragliche Theil der eingeklagten Forderungen ganz aus dem gegenwärtigen Processe ausgeschieden wurde, die Appellantin nicht befugt ist, denselben in zweiter Instanz dennoch zum Gegenstande der Entscheidung zu machen;

Daß die Appellantin die Zulässigkeit dieses Verfahrens zwar daraus herleiten will, daß die Zurücknahme nur in Folge des Rechtsirrthums geschehen sei, daß der Bürge noch nicht gezahlte Bürgschaftsschulden bei der Fallitmasse des Hauptschuldners nicht geltend machen könne;

Daß indeß zunächst bezüglich aller derjenigen der fünf Gläubiger, welche die Forderungen, für welche die Appellantin als Bürgin haftet, selbst beim Falliment des Hauptschuldners geltend gemacht haben, ein solcher Rechtsirrthum gar nicht vorliegt, da es anerkannten Rechtens ist, daß dieselbe Forderung, welche der Gläubiger bei der Fallitmasse des Schuldners geltend macht, nicht gleichzeitig auch vom Bürgen geltend gemacht werden kann;

Daß aber überdies eine auf Irrthum beruhende Zurücknahme eines Theiles der Klage wegen dieses Irrthums nicht als ungeschehen betrachtet werden kann, vielmehr gerade so wie die aus Irrthum unterlassene Aufnahme eines Theiles der Forderung in die Klage nur dazu berechtigen kann, diesen Theil der Forderung, trotz der Zurücknahme, wiederum beim

Digitized by Google

ersten Richter anhängig zu machen und dessen Entscheidung herbeizuführen;

Daß daher die Berufung bezüglich der jetzt nur im Betrage von 1718 Thlr. 4 Sgr. 3 Pfg. geltend gemachten Forderung für die den genannten fünf Gläubigern verschuldete noch unbezahlten Bürgschaftsschulden zu verwerfen ist;

J. E., daß, was den übrigen Theil der Forderung der Appellantin betrifft, auf die Prüfung des zur Rechtfertigung derselben vorgelegten Contocurrents einzugehen ist, dessen Soll zu Lasten des Falliten, nach Ausscheidung des zurückgezogenen und nach Obigem hier nicht wieder geltend zu machenden Betrages für unbezahlte Bürgschaftsschulden sich auf 5940 Thlr. 22 Sgr. 1 Pfg. reduzirt, während die Summe der Posten im Haben sich auf 1481 Thlr. 13 Sgr. 5 Pfg. beläuft;

Daß die in dieser Beziehung zwischen den Parteien bestehenden Streitpunkte nach den Verhandlungen sich in 4 Kathegorien zusammenfassen, nämlich 1) ob das unter dem 12. März 1863 im Soll des Falliten eingetragene Guthaben der Appellantin von 3117 Thlr. 18 Sgr. gerechtfertigt sei; 2) ob wie der appellatische Syndik verlangt, der von der Appellantin als stillen Gesellschafterin zu machende Einschuß von 5000 Thlr dem Falliten im Haben gutzuschreiben sei; 3) ob der für bezahlte Bürgschaftschulden verlangte Betrag von 1369 Thlr. 11 Sgr. 2 Pfg. und 4) ob der für Vorschüsse an den Falliten berechnete Betrag von 2830 Thlr. 15 Sgr. 11 Pfg. gerechtfertigt sei;

J. E., daß, was das sub 1 bezeichnete Guthaben der Appellantin betrifft, dasselbe daraus hergeleitet wird, daß der Fallit während der Zeit, in der Appellantin an dessen Knopffabrikationsgeschäft als stille Gesellschafterin betheiligt war, auf Grund des Art. 12 des Gesellschafts-Vertrages, den beiden Gesellschaftern gestatte, jährlich tausend Thlr. aus der Gesellschaftskasse zu entnehmen, für sich und seine Haushaltung den eben angegebenen Betrag aus dem Geschäfte an sich genommen habe, und daß demzufolge Appellantin einen gleichen Betrag vom Falliten als Inhaber des Geschäftes zu fordern habe;

Daß indeß die so qualificirte Forderung der Appellantin nicht begründet ist;

Daß nämlich die Appellantin, welche als stille Gesell-

Digitized by Google

schafterin vertragmäßig 5000 Thlr. in das Geschäft des Falliten einzuschießen hat, und am Gewinn und Verlust des Geschäftes zur Hälfte betheiligt ist, — nach der Natur des Rechtsverhältnisses der stillen Gesellschaft, wie sie das Allgem. Deutsche H. G.-B. im Unterschiede von der Kommandit-Gesellschaft auffaßt und besonders im Art. 258 bezüglich der Einlage normirt, — im Falle des Gewinnes die Rückgabe der Einlage nebst dem halben Gewinne, im Falle des Verlustes aber nur den nach Abzug seines Verlustantheils übrig bleibenden Theil der Einlage zurückfordern und für diese Rückforderung allerdings nicht erst nach Befriedigung der sämmtlichen Geschäftsgläubiger, sondern in Concurrenz mit denselben Aufnahme zum Passivstatus des Fallimentes verlangen kann;

Daß die berechtigte oder unberechtigte Herausnahme von Geldern aus dem Geschäft seitens des Geschäftsinhabers, des nunmehrigen Falliten Fischer, für die Appellantin nur in so weit in Betracht kommt, als diese Herausnahme Einfluß auf das Geschäft, auf dessen Gewinn oder Verlust und schließlich auf die Höhe des der Appellantin zur Last fallenden Verlustantheils hat;

Daß daher die Appellantin zur Begründung ihrer Forderung thatsächlich behaupten und beweisen müßte, daß unter Berücksichtigung der Geldentnahme des Geschäftsinhabers der ihr zur Last fallende Theil des Verlustes des Knopffabrikationsgeschäftes nur eine Höhe haben würde, nach deren Abzug von den eingeschossenen 5000 Thlr. noch der geforderte Betrag als verlustfreie Einlagerate ihr zukommen würde;

Daß insbesondere dem bezogenen §. 12 des Gesellschafts-Vertrages nach der rechtlichen Natur der stillen Gesellschaft nicht der Sinn beigelegt werden kann, als solle durch die Berechtigung jedes Gesellschafters, jährlich tausend Thlr. der Gesellschaftskasse zu entnehmen, die Haftbarkeit der Appellantin mit ihrer, sei es versprochenen, sei es geleisteten, Einlage für den Verlust des Geschäftes in der Art modifizirt werden, daß ihr lediglich in Folge der Geldentnahme des Geschäftsinhabers eine selbstständige Forderung von gleichem Betrage erwachse, die von der Frage, ob sie ihre Einlage bezahlt habe und wie groß ihr Antheil am Verluste des Geschäftes sich ergebe, vollständig unabhängig sei;

Daß daher, da die Appellantin den hier in Rede stehenden

Digitized by Google

Betrag, wie sie selbst angibt, keineswegs als verlustfreier Antheil ihrer eingezahlten Einlage, sondern lediglich deshalb verlangt, weil der Fallit Fischer einen gleichen Betrag aus dem Geschäfts-Vermögen herausgenommen habe, und da es an allen thatsächlichen Angaben fehlt, um zu ermessen, ob ein Theil der Einlage der Appellantin verlustfrei sei, — die geltend gemachte Forderung nicht gerechtfertiget erscheint, ohne daß es in dieser Beziehung nöthig ist, zu untersuchen, ob die Appellantin ihre vertragsmäßige Einlage in der That eingezahlt habe;

J. E., daß mit der Beseitigung dieses Postens im vorgelegten Contocurrente der Gesammtbetrag des „Soll" des Appellaten sich auf 2824 Thlr. 4 Sgr. 11 Pfg. reduzirt, welcher im Haben die Summe von 1481 Thlr. 13 Sgr. 5 Pfg. entgegensteht;

Daß nun Appellat eventuell auch diese noch restirenden Sollposten, insoweit sie die Summe des Haben übersteigen, bestreitet, zunächst aber behauptet, daß es auf die Prüfung der Richtigkeit dieser Posten nicht ankomme, da Appellantin die ihr vertragsmäßig obliegende Gesellschafts-Einlage von 5000 Thlr. nicht geleistet habe, sondern noch verschulde, sonach das Contocurrent im Haben um diese 5000 Thlr. erhöhet werden mußte, und alle Beträge, welche Appellantin für die im Interesse des Geschäftes geleisteten Zahlungen geltend macht, auf diese ihr obliegende Einlage aufgerechnet werden müßten, sonach von einem zu Gunsten der Appellantin sich ergebenden Saldo keine Rede sein könne;

Daß nun in der That in rechtlicher Beziehung kein Zweifel obwalten kann, daß wenn Appellantin ihre vertragsmäßige Einlage nicht eingezahlt hat, alle die Zahlungen, welche sie in Folge von Bürgschaften für Geschäftsschulden oder in Folge von Wechsel, welche der Gesellschaftsinhaber auf sie gezogen hat oder auch baar gemacht hat, nur als theilweise Erfüllung der ihr obliegenden Einlage-Verbindlichkeit anzusehen und auf dieselbe anzurechnen sind, und überhaupt jene Einlage insofern in das Haben des Appellaten aufzunehmen ist, als es sich nicht davon handelt, dadurch eine der Appellantin bliegende weitere Einzahlung herzuleiten, sondern nur davon, ein andernfalls zu Lasten des Appellaten sich ergebendes Saldo auszugleichen;

Digitized by Google

Daß es hiernach thatsächlich von entscheidender Bedeutung ist, ob in der That die Appellantin, wie sie behauptet, ihre Einlage selbständig eingezahlt hat, und demnach die im Contocurrente dem Appellaten zur Last geschriebenen Zahlungen weitere Vorschüsse für die Gesellschaft bilden, zu denen sie als stille Gesellschafterin nicht verpflichtet war;

Daß aber, wie im Urtheile näher ausgeführt ist und hier übergangen werden kann, Appellantin dieses nicht bewiesen hat, und daß wenn hiernach, dem Gesellschafts-Vertrage entsprechend angenommen werden muß, daß Appellantin außerhalb des Contocurrents ihre Einlage nicht bezahlt hat, — es für die vorliegende Klage von keiner Erheblichkeit ist, die übrig bleibenden Sollposten des Contocurrents, welche vom Appellaten nur eventuell contestirt werden, zu prüfen, da auch dann, wenn sie alle richtig sind, ein Guthaben zu Gunsten der Appellantin sich nicht erzielt;

Daß daher der erste Richter durch Abweisung der Klage, insoweit sie noch nicht zurückgenommen war, die Appellantin nicht beschwert hat;

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. Appell.-Hof die Berufung von dem Urtheile des Königl. Handelsgerichtes zu Elberfeld vom 20. März 1867, unter Verurtheilung der Appellantin in Strafe und Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 13. Oktober 1871.

Advokaten: Esser I jun. — Drewcke.

Versicherungsbetrag. — Präclusivfrist zur Anmeldung des Schadens.

Auf die Clausel eines Versicherungs-Vertrages, wodurch der Schadensanspruch binnen einer bestimmten Frist entweder anerkannt oder eingeklagt sein muß, sind die Grundsätze über den Ablauf, die Suspension und Unterbrechung der Klagen-Verjährung nicht anzuwenden.

Auch ist dieselbe weder als eine Suspensiv- noch

Digitized by Google

Resolutivbedingung in dem Sinne aufzufassen, daß das Recht des Versicherten lediglich von dem Eintritte der Thatsache der innerhalb der Präclusivfrist erfolgten Anerkennung oder Klageanstellung abhängt.

Vielmehr ist bei Berechnung des Laufes dieser, durch einen nach den Grundsätzen der bona fides zu beurtheilenden Vertrag festgesetzten Frist, auf das Verhalten des Contrahenten bezüglich der zur Innehaltung derselben getroffenen Maßregeln, namentlich auf die von Seiten des Versicherten an den Tag gelegte Diligenz und auf den von Seiten des Versicherers der Geltendmachung des Anspruches entgegengesetzten Hinderniſſe Rücksicht zu nehmen.

Der Hof hat vorstehende Grundsätze in den nachstehenden beiden Urtheilen, abweichend von in Band 53, 1, 164 abgedruckten Erkenntnisse, angenommen.

I. Westdeutsche Versicherungsbank — Amtmann.

Dem Johann Amtmann zu Borth brannte am 7. März 1868 sein daselbst gelegenes Gebäude ab. Er begehrte von der Westdeutschen Versicherungsbank zu Essen, bei welcher er versichert hatte, den Ersatz des an Mobilien und Immobilien erlittenen Schadens. Die Versicherungsbank denuncirte den Amtmann indessen wegen angeblichen Betrugsversuchs bei dem Königl. Ober-Prokurator zu Cleve. Es wurde auch wirklich eine Untersuchung gegen Amtmann eingeleitet, die jedoch damit endete, daß er auf Antrag des Oeffentl. Ministeriums durch Rathskammerbeschluß außer Verfolgung gesetzt wurde. Hiervon ist Amtmann durch Benachrichtigung der Königl. Ober-Prokuratur vom 15. Oktober 1868 in Kenntniß gesetzt worden. Gleich darauf klagte er gegen die genannte Bank und nun wurde ihm §. 12 der in Betracht kommenden Policebedingungen entgegengesetzt, der besagt:

„Alle nicht binnen sechs Monaten nach dem Brande entweder gegenseitig schriftlich anerkannten oder vor das zuständige Gericht gebrachten Ansprüche auf Entschädigung sind erloschen."

Das Königl. Handelsgericht zu Köln hat durch sein Urtheil vom 22. Dezember 1869 die Verjährungseinrede

Digitized by Google

verworfen und dieses Urtheil ist in appellatorio bestätigt worden durch nachstehendes Erkenntniß:

J. E., zunächst die Einrede der Präclusion anlangend, daß zwar vom Tage des Brandes der appellatischen Gebäude bis zur Erhebung der gerichtlichen Klage mehr als 6 Monate verstrichen waren, daß jedoch, da es sich in §. 12 der Versicherungsbedingungen von einer Frist handelt, welche durch einen bezüglich seiner Auslegung den Grundsätzen der bona fides unterworfenen Vertrag festgesetzt worden ist, der Lauf dieser Frist nicht streng nach dem dort vorgesehenen Anfangs- und Endpunkte zu berechnen, sondern zugleich auf das Verhalten der Contrahenten bezüglich der zur Innehaltung der Frist getroffenen Maßregeln, auf die von Seiten des Versicherten an den Tag gelegte Diligenz einer Seits und auf die von Seiten des Versicherers der Geltendmachung des Anspruchs entgegengestellten Hindernisse anderer Seits Rücksicht zu nehmen ist;

Daß nun aber die Appellantin, nachdem der Appellat kurz nach dem Brande bereits seine Schadensliquidation bei ihr eingereicht hatte, am 9. Juni 1868 in Anlaß des Brandes bei dem Königl. Ober-Prokurator zu Cleve eine strafrechtliche Untersuchung gegen den Appellaten wegen Betrugs oder Betrugsversuchs beantragte und dadurch die Erhebung der auf Entschädigung gerichteten Civilklage, wenngleich nicht unmöglich, so doch zu einem völlig fruchtlosen Akte machte, indem mit Sicherheit zu erwarten war, daß sie gestützt auf §. 3 der Cr.-Pr.-O. das Beruhenlassen einer solchen Klage bis zur Beendigung der strafrichterlichen Untersuchung verlangen würde;

Daß unter diesen Umständen ein mit der richtigen Auslegung des §. 12 zusammentreffendes Einverständniß der Appellantin, daß die Frist erst von der Beendigung der Untersuchung an wiederum laufen solle, angenommen werden muß und ihr die replica doli entgegensteht, wenn sie hinterher die Einrede der Präclusion geltend macht, ohne auf die Zeitdauer der Untersuchung Rücksicht zu nehmen;

Daß folglich, da vom Tage des Brandes bis zur Einleitung der Untersuchung und vom Tage, an welchem der Königl. Ober-Prokurator zu Cleve dem Appellaten von seiner Außerverfolgungsetzung Mittheilung machte, bis zum

Digitized by Google

Tage der Erhebung der Klage zusammen 6 Monate noch nicht verflossen waren, die Einrede der Präclusion mit Recht von dem ersten Richter verworfen worden ist.

Aus diesen Gründen

u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 15. Juni 1870.
Advokaten: Herbertz — Bessel.

Thuringia — Freund.

J. E., daß der auf den §. 13 der Policebedingungen gestützte Einwand mit Recht von dem ersten Richter verworfen worden ist, da die in der Police unter den Pflichten des Versicherten aufgeführte einen sogenannten Präjudizfall enthaltende Clausel des §. 13 weder eine Klageverjährung zum Gegenstande hat, so daß lediglich der Ablauf der Zeit entschiede und Grundsätze der Suspension oder der Unterbrechung der Verjährung anzuwenden seien, noch auch als eine Suspensiv- oder Resolutivbedingung aufzufassen ist, so daß das Recht der Versicherten lediglich von dem Eintritt der Thatsache der innerhalb 6 Monaten nach dem Brande von Seiten der Gesellschaft erfolgten Anerkennung oder bei dem zuständigen Richter erhobenen Klage abhinge — vielmehr das Wesen der Clausel darin besteht, daß der Schadensanspruch des Versicherten an eine ihm vertragsmäßig zur Pflicht gemachte Diligenz: innerhalb einer 6 monatlichen Frist nach dem Brande die Anerkennung der Gesellschaft herbeizuführen oder Klage gegen sie zu erheben, geknüpft ist — in dem vorliegenden Falle aber die Appellantin dadurch, daß sie in das Abschätzungs-Verfahren einging und nachdem sie auf die Einleitung der Strafuntersuchung gegen den Appellaten hingewirkt hatte, in ihrem Schreiben vom 13. Januar 1868 an den Appellaten denselben auf die Beendigung dieser Untersuchung verwies und dann auf die Sache zurückkommen zu wollen erklärte, auch den Schein der Behörde über den Schluß der Untersuchung und darüber, daß sie zahlen dürfe, verlangte, für die Zeit bis zum Schluß der Strafuntersuchung jene Diligenzpflicht des Appellaten außer Anwendung setzte und in gutem Contraktsglauben nicht in Anspruch nehmen kann. — — — —

II. Senat. Sitzung vom 31. Juli 1869.

Digitized by Google

Erblicher Pachtvertrag. — Immerwährende Rente. — Ablösbarkeit. — Cours der Franken.

Ein Vertrag, der als erblicher Pachtvertrag qualificirt ist, stellt dennoch unter Umständen einen Rentvertrag mit Eigenthumsübertragung dar.

Ein auf eine längere Dauer als 99 Jahre errichteter Rentvertrag ist weder ungültig, noch auf 99 Jahre zu beschränken, sondern ist die darin stipulirte Rente als eine immerwährende und ablösbare zu betrachten.

Bei der Ablösung einer in Franken constituirten Rente sind dieselben nicht unbedingt zu 8 Sgr. zu rechnen, sondern es ist der zur Zeit der Ablösung geltende Cours derselben maßgebend.

Cetto — Scheffler.

Johann Joseph d'Hame übertrug durch Akt vor Notar Röckling zu St. Wendel vom 14. Februar 1807 an Eheleute Scheffler den Winkenbacherhof und die Kemperichswiese a titre de bail hereditaire gegen einen jährlichen Canon von 650 Franken, mit der Bestimmung, daß dieses Verhältniß auf Seiten der Annehmer in directer und collateraler Linie erblich sein und erst aufhören solle, wenn keine Verwandten im erbfähigen Grade mehr vorhanden seien. Dieser Uebertrag, der in dem Akte als cession des biens bezeichnet wurde, geschah ferner unter der Bedingung, daß die Bailliſten und deren Erben die übertragenen Immobilien nicht ohne Einwilligung des Bailleurs und dessen Erben verkaufen oder verhypotheciren, und daß die Immobilien zur Sicherstellung der Zahlung der Rente und der Erfüllung der sonstigen hier nicht weiter in Betracht kommenden Stipulationen mit einem Privilegium behaftet sein sollten, zugleich aber wurde das Eigenthum dem Bailleur und dessen Erben reservirt und bestimmt, daß durch das vorerwähnte Privilegium dieser Reservation des Eigenthums nicht derogirt oder geschadet werden solle.

Am 13. Februar 1817 ließ d'Hame zur Sicherheit der Rente auf die Immobilien eine privilegirte Hypothek inscribiren, welche von seinem Rechtsnachfolger mehrfach und zuletzt noch

Digitized by Google

am 26. November 1869 erneuert wurde. Unter dem 1. Dezember 1828 und 5. September 1831 theilten die Eheleute Scheffler jene Immobilien unter ihre Söhne Jacob und Peter, welche die Verpflichtung übernahmen, je die Hälfte des auf denselben haftenden Erbzinses zu tragen. Demnächst wurde am 2. Februar 1836 zwischen Philipp Cetto, als Rechtsnachfolger des d'Hame und den Eheleuten Scheffler sowie deren beiden vorgenannten Söhnen ein Akt aufgenommen, Inhalts dessen der Titel von 1807 erneuert wurde, und die Eheleute Scheffler mit ihren Söhnen sich solidarisch verpflichteten, den Canon alljährlich auf ewige Zeiten zu entrichten, und für welche Zahlung die qu. Immobilien vor jedem Andern hypothekarisch verstrickt bleiben sollten.

Am 20. April 1869 klagten sodann die beiden Söhne Scheffler, als Eigenthümer der qu. Immobilien gegen Cetto um sich für berechtigt erklären zu lassen, die Rente von 650 Franken oder 173 Thlr. 10 Sgr. mit dem zwanzigfachen Betrage resp. mit einem Capital von 3666 Thlr. 20 Sgr. abzulösen.

Beklagter bestritt die Ablösbarkeit, indem er behauptete, der Akt vom 14. Februar 1807 stelle nur einen Pachtvertrag auf lange Dauer dar; jedenfalls könne, wie er ferner behauptete, die Ablösung nur nach dem Course der Franken zur Zeit der Ablösung, nicht aber ohne Weiteres zum Werthe von 8 Sgr. gestattet werden.

Das Königl. Landgericht zu Saarbrücken erkannte durch Urtheil vom 16. November 1869 der Klage gemäß.

Auf die Berufung des Cetto erkannte der Hof wie folgt:

Urtheil:

In Erw., daß der Art. 1 des am 5. August 1804 in den Departements des linken Rheinufers publicirten Gesetzes vom 18. bis 29. Dezember 1790 die immerwährenden Renten für ablösbar erklärt und die Errichtung von immerwährenden, nicht ablösbaren Renten für die Zukunft untersagt, dagegen hinsichtlich der nicht immerwährenden Renten die Bestimmung trifft, daß sie für ihre ganze Zeitdauer zum Vollzuge gelangen, jedoch für die Zukunft nur für 99 Jahre und darunter sollen errichtet werden können;

Digitized by Google

Daß die letztere Bestimmung offenbar nur in Beziehung auf die den alleinigen Gegenstand des Gesetzes bildende Ablösbarkeit der Renten getroffen und dahin aufzufassen ist, daß dadurch nur die Zeit, für welche eine nicht ablösbare Rente gültig errichtet werden könne, auf höchstens 99 Jahre festgesetzt werden sollte, daß somit, wenn bei der Errichtung einer Rente eine längere Zeitdauer bestimmt wird, nicht etwa der Vertrag deßhalb für ungültig zu erachten, oder die Dauer der Rente auf 99 Jahre zu beschränken ist;

Daß aber in diesem Falle die Rente für ablösbar, und daher im Sinne des bezogenen Gesetzes, welches die immerwährenden Renten für ablösbar erklärt, für eine immerwährende Rente betrachtet werden muß;

Daß nun hinsichtlich der Dauer der hier hinsichtlich der Ablösbarkeit in Frage stehenden Rente der Vertrag vom 14. Februar 1807 die Bestimmung enthält, daß das durch den Vertrag begründete Rechtsverhältniß in der direkten und collateralen Linie der Rentschuldner erblich sein, und erst dann aufhören solle, wenn keine Verwandten in einem erbfähigen Grade mehr vorhanden seien;

Daß durch diese Bestimmung die Dauer der Rente auf eine Zeit festgesetzt wurde, welche, wenn sie auch im Voraus nach Jahren unberechenbar ist, doch jedenfalls die Zeit von 99 Jahren überschreiten kann;

Daß aber die bloße Möglichkeit einer, das gesetzliche Zeitmaß für nicht immerwährende Renten überschreitenden Dauer die Rente im Sinne des mehr erwähnten Gesetzes als eine immerwährende erscheinen läßt;

I. E., daß in dem vorliegenden Falle auch anzunehmen ist, daß an den Immobilien, gegen deren Uebertragung die Rente constituirt wurde, nicht bloß die Nutzung, sondern das Eigenthum, oder doch solche Rechte, welche einer Eigenthums-Uebertragung gleich zu stellen sind, eingeräumt werden sollten;

Daß allerdings der Vertrag von den Contrahenten als bail hereditaire bezeichnet ist, daß derselbe in St. Wendel abgeschlossen, und von den in dem benachbarten Elsaß unter dieser Bezeichnung in früherer Zeit abgeschlossenen Verträgen angenommen wurde, daß dadurch nur Nutzungsrechte übertragen würden;

Daß aber der hier in Rede stehende Vertrag sich von

Digitized by Google

dem im Elsaß früher üblichen bail hereditaire schon wesentlich dadurch unterscheidet, daß bei Letzteren nur eine Vererbung in direkter Linie Statt fand;

Daß sodann aber auch die einzelnen Bestimmungen dieses Vertrages darauf schließen lassen, daß dadurch nicht bloß Nutzungsrechte übertragen werden sollten;

Daß nämlich nach Art. 2 des Vertrages die Bailliſten und deren Erben die übertragenen Immobilien nicht ohne Einwilligung des Bailleurs und dessen Erben sollen verkaufen oder verhypotheciren können;

Daß diese Bestimmung das Recht der Bailliſten die Immobilien zu verkaufen und zu verhypotheciren voraussetzt, und nur die Ausübung dieses Rechts von der Einwilligung des Bailleurs abhängig macht;

Daß hierdurch die Annahme gerechtfertigt wird, daß nach der Absicht der Contrahenten das Recht, die Immobilien zu verkaufen und zu verhypotheciren eingeräumt werden sollte;

Daß aber die Einräumung dieses nur dem Eigenthümer zustehenden Rechtes die Uebertragung des Eigenthums nothwendig unterstellt, und dieselbe deßhalb als darin einbegriffen betrachtet werden muß;

Daß zwar im Art. 2 zugleich das Eigenthum zu Gunsten des Bailleurs und seiner Erben ausdrücklich reservirt wird; daß aber einer solchen Reservation, da sie mit dem eingeräumten Rechte völlig unvereinbarlich ist, eine rechtliche Bedeutung nicht beigelegt werden kann;

Daß sodann aber auch in Uebereinstimmung mit dieser Auffassung des Vertrages das Rechtsgeschäft nicht nur im Art. 9 als eine cession des biens bezeichnet, sondern auch im Art. 12 die Bestimmung getroffen wird, daß die Immobilien für die Sicherstellung der Zahlung der Rente und der Erfüllung der sonstigen Stipulationen mit einem Privilegium behaftet sein sollen, womit allerdings die hinzugefügte Clausel, daß dadurch der Reservation des Eigenthums nicht derogirt oder geschadet werden solle, ebenfalls nicht vereinbarlich ist, da jene Bestimmung einen Uebergang des Eigenthums auf die Bailliſten voraussetzt;

Daß endlich aber auch nicht bezweifelt werden kann, daß die Contrahenten den Vertrag in diesem Sinne aufgefaßt

Digitized by Google

haben, indem die Eheleute Scheffler die Immobilien zur Hälfte im Jahre 1828 an einen ihrer Söhne, und demnächst zur andern Hälfte im Jahre 1831 an einen andern Sohn abgetreten, und d'Hame zur Sicherstellung der Rente auf Grund des Vertrages am 13. Februar 1817 eine privilegirte Hypothek auf die Immobilien inscribiren ließ, welche Inscription von seinen Rechtsnachfolgern mehrmals und zuletzt noch am 26. November 1869 von dem Appellanten erneuert worden ist;

Daß demnach die fragliche Rente auch nach Art. 530 des B. G.-B. als eine ihrem Wesen nach ablösbare betrachtet werden muß;

I. E., auf den Subsidiar-Antrag des Appellanten;

Daß keine gesetzliche Bestimmung besteht, nach welcher die Franken bei der Ablösung einer in dieser Münzsorte constituirten Rente zu 8 Sgr. gerechnet werden sollen, und Appellant daher die Ablösung nach dem zur Zeit der Ablösung geltenden Course der Franken zu fordern berechtigt ist;

Daß aber dem Appellanten, der den Subsidiar-Antrag erst in dieser Instanz gestellt hat, sämmtliche Kosten zur Last zu legen sind.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Saarbrücken vom 16. November 1869 eingelegte Berufung insofern als Appellaten dadurch als Eigenthümer des Winkenbackerhofes und der Remperichtswiese zur Ablösung der auf diesen Immobilien haftenden jährlichen Rente von 650 Franken für berechtigt erklärt sind; reformirt dieses Urtheil insoweit, als dadurch das Ablösungskapital schon jetzt auf 3466 Thlr. 20 Sgr. festgesetzt ist; erkennt an dessen Statt, daß Appellaten zur Ablösung nur nach dem zur Zeit der Ablösung geltenden Course der Franken berechtigt sind.

II. Senat. Sitzung vom 13. Dezember 1870.

Advokaten: Bessel — Compes, Herbertz.

Digitized by Google

Ausschließliches Fährgerechtsam. — Unvordenkliche Verjährung. — Schadensersatz wegen Anlage einer Eisenbahnbrücke, Uebersetzens des Eisenbahn- und Bau-Personals durch die Eisenbahn-Gesellschaft und wegen Erschwerung der Ausübung des Gerechtsams durch Strombauten. — Haftpflicht des Staates.*)

Der unvordenkliche Besitz eines Fährgerechtsames über einen Strom auf Seiten von Privatpersonen begründet die Vermuthung einer Verleihung desselben durch den Staat.

Ein ausschließliches Fährgerechtsam gibt keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen Anlage einer, lediglich zur Vermittlung des durchgehenden Verkehrs dienenden Eisenbahnbrücke, welche keine An- und Abgangsstationen am Ufer hat; wohl aber wegen des Uebersetzens der Eisenbahn-Angestellten, Arbeiter und Materialien, deren Transport durch die Fähr-Inhaber füglich bewirkt werden konnte, durch die Eisenbahn-Gesellschaft während der Bauperiode.

Den Fährberechtigten gebührt ferner Schadensersatz für die, durch die aus Veranlassung der Brückenanlage gemachten Strombauten, bewirkte, Erschwerung des Betriebes der Fähr-Anstalt.

Die Staats-Regierung wird durch die Ertheilung der Concession zur Brückenanlage den Fährberechtigten nicht schadensersatzpflichtig.

Eykelen u. Cons. — Berg.-Märkische Eisenbahn-Gesellschaft — Fiskus.

Die Inhaber der Rheinfähre zu Hamm haben gegen die Berg.-Märkische Eisenbahn-Gesellschaft und die Staatsregierung eine Klage zum Landgerichte Düsseldorf erhoben dahin gerichtet, daß Kläger als ausschließlich berechtigt anerkannt werden sollen, innerhalb der Gemeinde Hamm Personen und Sachen

*) Vergl. das im 62. Bande des Archivs I, 28 abgedruckte Urtheil des II. Senats vom 9. Juli 1868 in Sachen: Königl. Regierung zu Düsseldorf Stadt Kettwig — von Fürstenberg.

Digitized by Google

vom rechten zum linken Ufer des Rheins, gegen Bezug der Taxe überzusetzen, daß die Staatsregierung das gleiche Recht an Dritte nicht verleihen und die Berg-Märkische Eisenbahn-Gesellschaft dasselbe nicht ausüben dürfe, ohne die Kläger schadlos zu halten. Die Veranlassung zur Klage war die mit Genehmigung des Staates durch die erwähnte Eisenbahn-Gesellschaft bei Hamm angelegte feste Rheinbrücke. Die Gesellschaft hatte nach der Behauptung der Kläger seit September 1868 den Brückenbau begonnen und ihre Arbeiter und die Materialien seitdem in eigenen Fahrzeugen, mit Umgehung der allgemeinen Fähre und ohne Taxe dafür zu zahlen übergesetzt. Desgleichen soll durch die Bauten im Rhein und an den Ufern die Ausübung der Fährgerechtsame in der erheblichsten Weise erschwert, bei höherem Wasserstande sogar unmöglich gemacht und ein weit größerer Kostenaufwand, wie früher, durch Verschleiß, Seilanlagen und dergl. erfordert sein. Außer diesen beiden Schadenselementen wurde dann aber hauptsächlich Ersatz beansprucht dafür, daß mit Eröffnung des Verkehrs über die Brücke der bisherigen Fähre der Haupttheil des durch sie bis dahin vermittelten Verkehrs und der Einnahme aus demselben entzogen werde. Der Staatsfiscus sei für den verursachten Schaden aus dem Grunde verantwortlich, weil die Regierung zur Anlage der Brücke die Concession ertheilt habe.

Die beiden Beklagten beantragten Abweisung der Klage, indem sie sowohl das Recht der Kläger auf ein ausschließliches Fährgerechtsam überhaupt als auch ferner das Bestehen irgend welcher Schadensersatzpflicht bestritten. Durch Urtheil vom 25. Juni 1869 hat das Landgericht die Klage in ihrem ganzen Umfang abgewiesen. Auf die seitens der Kläger erhobene Berufung erging folgendes theilweise reformatorische Erkenntniß:

J. E., was den Inhalt der Klage betrifft, daß wörtlich im Eingange Anerkennung des appellantischen ausschließlichen Fährgerechtsams verlangt ist, der Zusammenhang aber klarstellt, daß unter der Form dieses Begehrens nur die Begründung der weiteren, in 3 Rubriken zerfallenden Anträge auf Schadensersatz vorgebracht wird, daher nur über diese Anträge zu entscheiden ist;

J. E., zur Berufung wider die Eisenbahngesellschaft, daß zwar dem Staate das Fährgerechtsam, nämlich das Recht Personen und Sachen über öffentliche Flüsse da, wo er hierzu

Digitized by Google

dienende Anstalten errichtet, ausschließlich zu befördern als nützbares Regal zusteht, dieses Recht jedoch auch auf Privatpersonen eigenthümlich übergehen kann;

Daß eine Verleihung vermuthet werden muß, wenn dem Privaten die unvordenkliche Verjährung zur Seite steht;

Daß die Appellanten, welche nach den vorgelegten Urkunden durch ihre Vorgänger seit Jahrhunderten im Besitze des Rechts sind, von der Gemeinde Hamm aus Personen und Güter nach dem linken Rheinufer überzuführen, mit Grund für sich die unvordenkliche Verjährung anrufen, auch nach der Art und Weise, wie unausgesetzt der Besitz geübt worden ist, nicht bezweifelt werden kann, daß ihr Gerechtsam den Charakter der Ausschließlichkeit mit der alleinigen Modification an sich trägt, daß die Einwohner von Hamm für sich und ihren Hausstand besondere Gefäße zur Ueberfahrt benutzen dürfen;

Daß die Ausschließlichkeit inzwischen es nur mit sich bringt, daß nicht von der gedachten Gemeinde aus eine anderweitige Anstalt zu Transporten über den Rhein in's Werk gesetzt werde;

I. E., daß die appellantische Brücke eine derartige Anstalt nicht bildet;

Daß sie vom Banne Hamm aus in keiner Weise als Brücke benutzt werden kann und soll, sondern lediglich als Glied einer den Eisenbahnverkehr zwischen Düsseldorf und Neuß weiterhin, ohne Zwischenstation zu Hamm vermittelnden Einrichtung in Betracht kommt, hiernach aber in die Sphäre des appellantischen Rechts so wenig eingreift, wie dies etwa durch eine zwischen Düsseldorf und Neuß bestehende Dampfschiffsverbindung geschehen würde;

Daß dem gegenüber die bloß durch den Errichtungsort der Brücke vermittelte Zugehörigkeit derselben zum Banne Hamm unerheblich ist und von dem Appellanten um so weniger gerügt werden kann, als präsumtiv der Ausfall in ihren Einnahmen nicht geringer sein würde, wenn die Eisenbahn ober- oder unterhalb Hamm den Rhein überbrückte, in welchem Falle jeder Anschein eines Anspruchs der Appellanten schwinden müßte, denen keineswegs als erworbenes Recht der Gewinn garantirt sein kann, den sie dadurch erlangten, daß bisher in der Gegend von Düsseldorf das östlich des Rheins bestehende Eisenbahnsystem sich nur bis an den Strom erstreckt hatte;

Digitized by Google

Daß hiernach die Klage, soweit sie auf Entschädigung wegen des Eisenbahnverkehrs über die Brücke gerichtet ist, mit Recht für unbegründet erklärt wurde;

J. E., zum 2. und 3. Punkte der Schadensklage, daß die appellantische Gesellschaft einen Eingriff in das Recht der Appellanten begangen haben würde, wenn sie während der Bauperiode angestellte Arbeiter und Materialien, deren Transport von dem Appellanten füglich bewirkt werden konnte, hat übersetzen lassen;

Daß zwar die Ausschließlichkeit des Fährregals gewisse Ausnahmen zuläßt, keine der letzteren aber für den behaupteten Fall zutrifft, da die gemeinrechtliche Gewohnheit ein Uebersetzen zum Nachtheil des Fährberechtigten nur in sehr engen Gränzen, nämlich bloß zu Gunsten der Bewohner des Flusses und für das Bedürfniß der Familie und Hausgenossenschaft duldet, und jedenfalls, wie schon jetzt aus den Umständen und eignen Beweisartikulationen der Appellatin erhellt, für die Gemeinde Hamm ein sich innerhalb dieser Gränzen haltendes örtliches Herkommen besteht;

Daß auch das rechtswidrige Verhalten der Appellatin nicht ausgeschlossen sein würde, wenn sie Fährgelder nicht erhoben haben sollte, indem abgesehen davon, daß die dem Arbeiterpersonal gewährte Freiheit der Ueberfahrt präsumtiv Bestandtheil zweiseitiger Verträge ist, also ein schlechthin unentgeldliches Uebersetzen in Wahrheit nicht vorläge, die Verletzung des Fährberechtigten schon durch die Schmälerung seiner Einkünfte herbeigeführt wird;

Daß die appellatische Auffassung jeder beliebigen Gemeinde und Corporation, für ihre Zwecke die Anlegung eigener Fähren ermöglichen würde, was um so weniger zulässig sein kann, als dadurch der Betrieb der berechtigten Fähranstalt, welche zugleich als Pflicht erscheint und nicht beliebig aufgegeben werden darf, in Frage gestellt werden müßte;

J. E., daß die Appellanten drittens Ersatz des Schadens fordern, der ihnen durch die aus Veranlassung des Brückenbaues gemachten Bauten und Anlagen im Rheine und die damit zusammenhängende Erschwerung des Betriebs ihrer Fähranstalt erwachsen sein soll;

Daß ein solcher Anspruch selbst dann begründet wäre, wenn, ohne Beziehung auf die den Rhein überbrückende

Digitized by Google

Bahn, der Staat im öffentlichen Interesse Bauten vorgenommen hätte, wodurch der seit unvordenklicher Zeit bestandene, natürliche Stromlauf in für das Fährgerechtsam erheblich nachtheiliger Weise geändert würde, da zwar selbstverständlich eine solche Befugniß der Staatsregierung anzuerkennen wäre, immerhin aber eine zu Ersatz verpflichtende partielle Eigenthumsentziehung oder Schmälerung erworbener Rechte vorläge;

Daß untergebens für die Appellanten die Sache dadurch sich noch günstiger gestaltet, daß die Strombauten lediglich und allein durch die Ueberbrückung des Rheines, also durch ein, der Stromschifffahrt an sich fremdes und ein solches Unternehmen veranlaßt sind, welches nicht bloß öffentliche Verkehrsanstalt, sondern zugleich Erwerbquelle für die appellatische Gesellschaft ist;

J. E., daß nach dem Ausgeführten bezüglich der Punkte 2 und 3 der Entschädigungsklage vorerst die entsprechenden Beweise zu verordnen sind;

J. E., zur Berufung wider den Königl. Fiskus, daß dieselbe lediglich zu verwerfen ist;

Daß keine, den Fiskus zu Schadensersatz verpflichtende Thatsache artikulirt wird;

Daß insbesondere die Staatsregierung, indem sie vermöge des Staatshoheitsrechts das Eisenbahn-Unternehmen der appellatischen völlig solventen Gesellschaft als ein durch das öffentliche Wohl gefordertes erlaubte und ihr das Expropriationsrecht zu dem Ende gewährte, den Fiskus damit allein nicht für die Entschädigung verantwortlich macht, welche gegen die appellatische Gesellschaft als dritte Ersatzforderung eingeklagt ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die wider den Königl. Fiskus eingelegte Berufung von dem Urtheile des Königl. Landgerichts in Düsseldorf vom 25. Juni 1869 und verurtheilt die Appellanten in die Kosten dieser Instanz;

Verwirft ferner, im Verhältnisse zu der appellatischen Eisenbahn-Gesellschaft die Berufung hinsichtlich $^1/_3$ der Kosten erster Instanz und desjenigen Schadens, welcher für die Appellanten durch Transporte über die Eisenbahnbrücke bei Hamm herbeigeführt ist oder herbeigeführt wird, — und legt

Digitized by Google

den Appellanten 1/3 der bisherigen Kosten zweiter Instanz zur Last;

Läßt, vor weiterer Entscheidung, die Appellanten zu einem näher normirten Beweise durch Zeugen und Sachverständigen über die näher artikulirten Thatsachen bezügl. des Punktes 2 und 3 der Klage zu.

II. Senat. Sitzung vom 16. Juni 1871.

Advokaten: Pheifer — Wallraf — Esser I.

Arrest. — Erbschafts-Forderungen.

Die Zulässigkeit eines auf Erbschafts-Forderungen von einem Gläubiger eines Miterben angelegten Arrestes wird nicht dadurch bedingt, daß eine Theilung derselben bereits statt gefunden hat, sondern ist dessen Wirksamkeit davon abhängig, daß die arrestirten Forderungen bei der Theilung in das Loos des betreffenden Miterben fallen.

Schmalenberg — Versteegen.

III. Senat. Sitzung vom 3. November 1871.

Advokaten: Pheifer — Welter.

Verifikations-Verfahren. — Vergleichungsstücke.

Diejenigen Beschränkungen, welche gemäß Art. 200 der B. Pr.-Or. bezüglich derjenigen Schriftstücke, welche vor Experten im Verifikations-Verfahren als Vergleichungsstücke dienen sollen, bestehen, sind dem erkennenden Richter nicht auferlegt.*)

Basten — Plum.

J. E., daß durch das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 11. Februar d. J. dem jetzigen Antrage des Appellanten in keiner Weise präjudicirt ist, indem dadurch nur erkannt worden, daß die fraglichen Schriftstücke nicht geeignet seien im Verifikations-Verfahren vor Experten als

*) Ebenso entschieden durch Urtheil vom 16. November 1871 in Sachen Wasserloos — Melangieré.

Digitized by Google

Vergleichungsstücke zu dienen, während es sich gegenwärtig darum handelt, ob sie dem erkennenden Richter bei der Entscheidung der Sache vorzulegen sind;

Daß diejenigen Beschränkungen, welche gemäß Art. 200 der B. Pr.-Or. bezüglich derjenigen Schriftstücke, welche im Verifikations-Verfahren vor Experten als Vergleichungsstücke dienen sollen, bestehen, dem erkennenden Richter in keiner Weise auferlegt sind; daß dieser weder an das Gutachten der Experten, noch an die Form der Beweismittel überhaupt gebunden ist, vielmehr von Zeugenaussagen und sonach auch von Vermuthungen Gebrauch machen kann;

Daß er demzufolge auch alle ihm geeignet erscheinenden Schriftstücke in Betracht ziehen kann;

I. E., daß diejenigen Schriften, deren Vorlegung der Appellant gegenwärtig beantragt, als nicht unwesentlich zur Entscheidung zu erachten, deren Einsendung auch schon jetzt zu verordnen ist, damit dieselben bei dem Vortrage der Hauptsache vorgelegt werden können.

Aus diesen Gründen

ersucht der Rhein. Appell.-Ger.-Hof auf den Incidentantrag entscheidend die Königl. Kataster-Inspection zu Aachen das Original-Fortschreibungsprotokoll aus der Gemeinde Immendorf über den am 2. April 1857 stattgehabten Güterwechsel von Peter Plum zu Immendorf Art. 904 der Mutterrolle auf dessen drei Kinder Wilhelm Plum, Anna Catharina Plum und Josepha Plum zu Immendorf 1484, 1509 und 1749 der Mutterrolle, unterzeichnet von den genannten drei Kindern Plum und abgeschlossen am 24. September 1857 durch den Kataster-Controleur Debrag, unter Werthdeklaration an das Sekretariat des Hofes einzusenden.

III. Senat. Sitzung vom 16. November 1871.

Advokaten: Nacken — Wallraf.

Gerichtliches Geständniß. — Widerruf. — Annahme. — Gemeinschaftliche Mauer. — Gebrauchsrecht der Miteigenthümer. — Anlage eines Schornsteins.

Ein Geständniß, welches in einem von Anwalt zu Anwalt zugestellten förmlichen Schriftsatze im

Processe abgelegt worden, ist ein gerichtliches und kann nur wegen thatsächlichen Irrthums widerrufen werden. Einer Annahme desselben von der Gegenseite bedarf es nicht.

Ein Miteigenthümer darf sich der gemeinschaftlichen Mauer zu denjenigen Zwecken bedienen, zu welchen dieselbe ihrer Natur nach dienen kann; vorausgesetzt, daß dadurch der Festigkeit der Mauer nicht geschadet und der andre Miteigenthümer nicht in seinem Rechte, namentlich nicht darin, einen gleichen Gebrauch von derselben zu machen, gehindert wird.

Der Miteigenthümer darf daher unter diesen Voraussetzungen einen Schornstein darin anlegen wobei es nicht unbedingt darauf ankommt, daß derselbe ausschließlich in die nach der Seite des Bauenden liegende Hälfte gebaut ist.

Ein einseitiges Vorgehen des Bauenden, ohne vorgängige Beobachtung des in Art. 662 des B. G.-B. vorgesehenen Verfahrens macht denselben seiner ihm an sich zustehenden vorerwähnten Rechte nicht verlustig.

Fournier — Löhr.

Löhr klagte bei dem Königl. Landgerichte zu Düsseldorf gegen Fournier auf Zahlung von 127 Thlr. als halben Werth einer vom Kläger zwischen den beiderseitigen Gärten errichteten Scheidemauer. Beklagter erklärte sich bereit die Hälfte der ganzen, ihre beiderseitigen Grundstücke trennenden, Scheidemauer, auch desjenigen Theiles, in welchem ein vom Kläger neuerrichteter Schornstein liege, nach näherer Specificirung der Kosten zu zahlen; dagegen verlangte er reconveniendo die Beseitigung dieses Schornsteins mit Schadensersatz; indem er behauptete, daß der Theil der neuerrichteten Mauer, worin sich der Schornstein befinde, zum Theil auf seinem Eigenthum errichtet und der Schornstein über die Mittellinie hinausgebaut sei. — Durch Urtheil vom 31. Dezember 1870 verwarf das Königl. Landgericht die Reconvention als unbegründet und ließ den Beklagten zum Beweise darüber zu, daß Kläger den Theil der Mauer, in welchem der Schornstein

Digitized by Google

sich befinde, zur Hälfte auf dem Grund und Boden des Verklagten aufgeführt habe.

Bei Zustellung dieses Urtheils ließ der Anwalt des Klägers dem Anwalt des Verklagten eine Erklärung mittheilen, wodurch er anerkannte, daß die Mauer, worin der Schornstein liege, auf gemeinschaftlichem Grund und Boden stehe, und wobei er eine Erklärung darüber vorlegte, wie hoch diese Mauer gemeinschaftlich gemacht werden solle.

Von Seiten des Beklagten erfolgte keine Erwiderung, sondern Berufung an den Appell.-Ger.-Hof. Hier wurde wieder darüber gestritten, ob der Theil der Mauer, in welchem der Schornstein liege, auf gemeinschaftlichem Grund und Boden erbaut sei und demnächst über die Begründetheit der Reconvention.

Der Hof erließ das nachstehende confirmatorische Urtheil.

Urtheil:

In E., daß die Parteien in der gegenwärtigen Instanz zunächst wiederum darüber streiten, ob derjenige Theil der Mauer, in welchem sich der fragliche Schornstein befindet, von dem Appellaten ausschließlich auf seinem eigenen Grund und Boden oder der Länge nach zur Hälfte auf dem Grund und Boden der Appellanten errichtet worden sei;

Daß jedoch der Anwalt erster Instanz des Appellaten anerkannt hat, daß auch der gedachte Theil der Mauer auf gemeinschaftlichem Eigenthum stehe und demgegenüber der jetzige Widerruf dieses Geständnisses keine Berücksichtigung verdient, daß nämlich dieses Geständniß, da es in einer im Laufe des Prozesses förmlich von Anwalt zu Anwalt zugestellten Schrift, die den Zweck hatte, die Einleitung des desfallsigen Beweisverfahrens zu verhindern, enthalten ist, als ein gerichtliches Geständniß angesehen werden muß, folglich nur wegen thatsächlichen Irrthums, dessen Beweis den Appellaten treffen würde, von ihm aber nicht angetreten ist, widerrufen werden konnte;

Daß es auch unerheblich ist, daß die Appellanten jenes Geständniß nicht acceptirt haben, da ein gerichtliches Geständniß einer Annahme der Gegenseite nicht bedarf;

Daß es demnach als feststehend betrachtet werden muß, daß der Appellat auch den etwa 10 Fuß langen Theil der

Digitized by Google

Mauer, in welchem sich gegenwärtig der streitige Schornstein befindet, der Länge nach zur Hälfte auf dem Grund und Boden der Appellanten erbaut hat, mithin auch dieser Theil von Anfang an gemeinsam war und nicht wie eine Mauer behandelt werden kann, welche mit den darin schon vorhandenen Anlagen gemeinschaftlich gemacht werden soll;

J. E., daß aber auch bei dieser thatsächlichen Grundlage die auf Beseitigung des Schornsteins gerichtete Widerklage der Appellanten nicht begründet erscheint;

Daß nämlich gemeinschaftliche Mauern, wiewohl sie zunächst dazu bestimmt sind, die Grundstücke von einander zu scheiden, doch den Miteigenthümern auch zu anderm Gebrauch dienen können;

Daß die in dieser Beziehung im Art. 657 des B. G.-B. angeführten Arten des Gebrauchs nicht die ausschließlichen Fälle, sondern nur Beispiele sind, welche eine analoge Ausdehnung zulassen;

Daß vielmehr die allgemeine, aus der Natur der Gemeinschaft abzuleitende und durch Art. 663 des B. G.-B. noch besonders bestätigte Regel gilt, daß jeder der Miteigenthümer sich der Mauer zu denjenigen Zwecken bedienen darf, zu welchen dieselbe ihrer Natur nach dienen kann, unter der doppelten Voraussetzung, daß dadurch der Festigkeit der Mauer nicht geschadet und der andere Miteigenthümer nicht in seinem Rechte beeinträchtigt, insbesondere nicht gehindert wird, einen gleichen Gebrauch von der Mauer zu machen;

Daß von diesem Gesichtspunkte aus ein Miteigenthümer auch befugt ist, einen Schornstein in der Scheidemauer anzulegen, sofern nur die Festigkeit der Mauer nicht darunter leidet und durch den Schornstein nicht etwaigen Anlagen, in deren rechtmäßigem Besitze sich der andere Miteigenthümer bereits an oder in der Mauer befindet, benachtheiligt werden, oder auch der Letztere dadurch an der Anlage eines gleichen Schornsteins behindert wird;

Daß es auch nicht unbedingt darauf ankommt, ob der Schornstein ausschließlich in diejenige Hälfte der Mauer hineingebaut ist, welche nach der Seite des Bauenden hinliegt, da der Miteigenthümer kein unbedingtes Recht darauf hat, gerade an derselben Stelle der Mauer einen Schornstein anzulegen;

Digitized by Google

Daß zwar derjenige, welcher in oder an einer gemeinschaftlichen Mauer eine Anlage machen will und dazu die vorherige Zustimmung des Miteigenthümers nicht erlangt hat, nach Art. 662 des B. G.-B. verpflichtet ist, vorher durch Sachverständige die Mittel bestimmen zu lassen, die erforderlich sind, damit das neue Werk den Rechten des Anderen nicht schade, und daß der Appellat unbestrittenermaßen dieses verabsäumt hat, und mit der Errichtung des Schornsteins einseitig vorgegangen ist;

Daß er jedoch durch dieses einseitige Vorgehen der ihm an sich zustehenden Rechte in keiner Weise verlustig gegangen ist;

Daß nun im untergebenen Falle die ganze Sachlage klar ergibt, daß der fragliche Schornstein, selbst wenn er derart in die Mitte der Mauer gelegt ist, wie die Appellanten es behaupten, weder der Festigkeit der Mauer, noch den Rechten der Appellanten schadet, indem Letztere selbst nicht einmal zu behaupten vermögen, daß sie bereits Anlagen in oder an der Mauer besitzen, und indem die demnächstige Errichtung eines Schornsteins von ihrer Seite an sich durch den jetzigen Schornstein nicht gehindert wird;

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. Appell.-Ger.-Hof die Berufung wider das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 31. Dezember 1870.

III. Senat. Sitzung vom 16. November 1871.

Advokaten: Rieth — Lautz.

Nachahmung von Waarenbezeichnungen. — Mißbrauch der Firma — Competenz. — Evokation.

Die fälschliche Bezeichnung der Verpackungen von Waaren mit dem Namen und Wohnort einer Firma, welche geeignet ist das Publikum über deren Herkunft zu täuschen zum Zwecke der Erleichterung des Absatzes derselben, ist kein Mißbrauch einer Firma im Sinne des Art.

Digitized by Google

27 und 15 des H. G.-B. und begründet nicht die in dem alleg. Art. 27 vorgesehene Klage.*)

Dagegen ist in einem solchen Falle auf Grund des Art. 1382 des B. G.-B. und des §. 269 des Preuß. Str. G.-B. (jetzt §. 287 des Reichs Str. G.-B.) eine Klage auf Schadenersatz zulässig, welche jedoch nicht zur Competenz der Handelsgerichte gehört.

Die Evokation der Sache in Gemäßheit des Art. 473 der B. Pr.-Or. kann auch dann statthaben, wenn das Urtheil der ersten Instanz wegen materieller Incompetenz aufgehoben wird.

Böninger — Eichhorn.

J. E., daß die unbefugte Anmaßung der klägerischen Firma, auf welche der angehobene Schadensersatz vor Allem gestützt erscheint, lediglich dadurch substantiirt worden ist, daß die Beklagten in den Jahren 1867 und 1868 1) ihre Tabacke fälschlich mit dem Namen und Wohnorte der klägerischen Firma bezeichnet und in den Verkehr gebracht, und 2) dieses ihr Verfahren selbst noch während der gegen sie deßhalb geführten strafgerichtlichen Untersuchung und nach eingetretener Rechtskraft des gegen sie ergangenen Strafurtheiles mittelst einer unerheblichen Veränderung der Verpackung fortgesetzt hätten;

J. E., daß indeß diese Handlungen, wie der erste Richter bereits näher ausgeführt hat, einen Mißbrauch einer Firma im Sinne des Art. 27 des H. G.-B. nicht constituiren, da mit Rücksicht auf den in Art. 15 ibid. bestimmten Begriff von Firma dieselbe nur dadurch wie vom Berechtigten gebraucht, so vom Nichtberechtigten gemißbraucht wird, daß unter ihr Handelsgeschäfte abgeschlossen und Unterschriften abgegeben werden, was offenbar da nicht geschieht, wo Jemand, zur Bewirkung oder Erleichterung des Absatzes seiner Fabrikate dieselben mit Verpackungen versieht, welche geeignet sind, um das Publikum über die Herkunft zu täuschen;

*) Vergl. Erkenntniß des Bundes-Ober-Handelsgerichts. (Entscheidungen des Bundes-Ober-Handelsgerichts I Nro. 37). Rhein. Archiv 59, 1, 46.

Digitized by Google

J. E., daß somit die Klage, insoweit sie auf Ersatz des durch widerrechtliche Anmaßung der klägerischen Firma verursachten Schaden gerichtet erscheint und als die im Art. 27 des H. G.-B. gegebene Klage sich darstellt, vom ersten Richter mit Recht als jeglicher Begründung entbehrend zurückgewiesen worden ist;

J. E., daß aber die klägerischen Artikulationen, wie wenig sie auch zur Substanziirung des Fundamentes der im Art. 27 l. c. gegebenen Klage sich eignen, gleichwohl ein selbstständiges Fundament der auf Ersatz des durch eine widerrechtliche Handlung verursachten Schadens im Art. 1382 des B. G.-B. gegebenen Klage bilden;

Daß aber die so aufzufassende Klage der Cognition des Handelsgerichtes nicht unterlag, daß insbesondere die Competenz des Handelsgerichtes nicht durch Berufung auf den Art. 47 Nr. 1 des Einführungsgesetzes sich begründen läßt, indem die den Gegenstand der Klage bildende Verpflichtung zum Schadensersatz nicht, wie diese Gesetzesstelle voraussetzt, in einem von den Verklagten geschlossenen Handelsgeschäfte, sondern in einer unerlaubten Handlung derselben ihren Rechtsgrund hat;

J. E., daß mithin bezüglich dieser Klage die Einrede der Incompetenz zwar als wohl begründet erscheint, daß jedoch Appellant für diesen Fall die Evocation der Sache beantragt, diesem Antrage auch mit Rücksicht auf die keine weitere Instruction erfordernde Lage der Sache stattzugeben ist;

J. E., daß zur Sache selbst die der Klage zu Grunde gelegten Articulationen durch die vorgelegten Urtheile des Königl. Landgerichts zu Köln in facto nachgewiesen, übrigens aber auch nicht bestritten worden sind;

Daß sich auch nicht bezweifeln läßt, daß der von den Appellaten mittelst der den Gegenstand des ergangenen Strafurtheiles bildenden Nachmachung der klägerischen Waarenverpackung erzielte Absatz ihres Fabrikates, das, wie aus der vom Appellanten vorgelegten Correspondenz sich ergibt, von ungleich schlechterer Qualität als das des Appellanten war, recht wohl dazu sich eignete um das bis dahin im Publikum beliebte Fabrikat des Letztern in Verruf zu bringen und in einzelnen Absatzkreisen ein solche schädliche Folge auch wirklich schon gehabt hat;

Daß indessen Appellant zur Bemessung dieses schädlichen

Digitized by Google

Einflusses sichere Anhaltspunkte nicht beigebracht hat, und deßhalb auf das Ermessen des Richters provocirt; — dieser Feststellungsmodus auch mit Rücksicht auf die Natur des Schadens das einzige Bemessungsmittel bleibt;

I. E., daß zu dem zu ersetzenden Schaden allerdings auch die Seitens des Appellanten auf die Publikation von Warnungen verwandten Insertionskosten gehören; daß aber Appellant eine die Prüfung dieser Kosten ermöglichende detaillirte Aufstellung nicht gemacht hat, der Umfang und die Beschaffenheit der vorgelegten Beläge aber keine Einsicht zuläßt, welche von diesen einzelnen Posten auf den Gegenstand der gegenwärtigen Klage sich beziehen;

Daß somit auch in dieser Hinsicht nur das arbitrium des Richters eintreten kann;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof, insoweit die Klage auf Ersatz des durch unbefugten Gebrauch der klägerischen Firma verursachten Schadens gerichtet ist, die wider das Urtheil des Königl. Handelsgerichts zu Köln vom 9. November 1870 eingelegte Berufung als nicht begründet; erklärt sodann, insoweit die Klage als auf den Art. 1382 des B. G.-B. gegründet sich darstellt, zwar das Königl. Handelsgericht zu erkennen für incompetent, verurtheilt jedoch mittelst Evocation der Sache die Appellaten solidarisch zur Zahlung eines Schadensersatzes von 600 Thlr. an den Appellanten unter Abweisung der Mehrforderung des Letztern.

III. Senat. Sitzung vom 17. November 1871.

Advokaten: Esser I. — Pheifer.

Incompetenz-Einrede. — Verspätung. — Faustpfand. — Ermächtigung zum Verkaufe.

Die Einrede der Incompetenz, gestützt darauf daß eine Sache als Handelssache zur Zuständigkeit des Handelsgerichtes gehörig, welche in erster Instanz vor dem Landgerichte nicht vorgebracht ist, kann in zweiter Instanz nicht mehr vorgeschützt werden.

Durch die Bestimmungen des Art. 310 und 311 des H. G.-B. wird die Statthaftigkeit einer Klage

Digitized by Google

auf Ermächtigung zum Verkaufe eines im Gebiete des Rheinischen Rechts bestellten Faustpfandes für eine Handelsschuld in Gemäßheit des Art. 2078 des B. G.-B. nicht ausgeschlossen.

Von Oerdingen — Beckersdorf u. Comp.

Die Handlung Beckersdorf u. Comp. klagte bei dem Königl. Landgerichte zu Düsseldorf gegen den Kaufmann von Oerdingen um sich, behufs Tilgung ihrer Forderungen an die Firma von Oerdingen und Schwaner zum Betrage von 1212 Thlr., zum öffentlichen Verkaufe einer ihr durch von Oerdingen zum Faustpfand bestellten notariellen Obligation zu Lasten der frühern Ehefrau Dossel, jetzige Ehefrau von Oerdingen, ermächtigen zu lassen. Die Klage wurde auf einen Schein des von Oerdingen vom 21. April 1870, Inhalts dessen von Oerdingen als Liquidator der Firma Oerdingen und Schwaner im Interesse der Liquidationsfirma, die Pfandbestellung vorgenommen, gestützt, und die Handlung Beckersdorf ermächtigt hatte, das Kapital der verpfändeten Obligation selbst zu kündigen und in Empfang zu nehmen.

Durch Urtheil vom 10. Mai 1871 wurde der Klage gemäß erkannt und hiergegen durch von Oerdingen die Berufung eingelegt. Zur Rechtfertigung derselben machte er, soweit es hier von Interesse ist, geltend:

1) Das Königl. Landgericht sei incompetent gewesen, weil die Pfandbestellung ein Handelsgeschäft gewesen und die Klage auf Ermächtigung zum Verkaufe des Pfandes bei dem Handelsgerichte hätte angestellt werden müssen; event. sei 2) die Klage mit Rücksicht auf die Bestimmungen der Art. 310 und 311 des H. G.-B. als unzulässig zurückzuweisen.

Der Hof erkannte hierüber wie folgt:

Urtheil.

I. E., was zunächst die Einrede der Incompetenz anbelangt, daß die hier angestellte Klage auf Ermächtigung der Klägerin zur öffentlichen Versteigerung der ihr zum Faustpfande bestellten Obligation in Gemäßheit des Art. 47 Nro. 1 und 2 des Einführungsgesetzes zum Deutschen Handelsgesetzbuch vom 24. Juni 1861 an sich zur handelsgerichtlichen Competenz gehört, da, wie der Inhalt des Scheins vom 21. April 1870 deutlich ergibt, die Pfandbestellung von dem

Digitized by Google

Beklagten als damaligem Liquidator der Firma Oerdingen und Schwaner im Interesse der Liquidationsfirma und in Betreibung des Handelsgewerbes derselben erfolgt und mithin nach Art. 273 des H. G.-B. als Handelsgeschäft anzusehen ist, auch die Analogie einer Bürgschaft für eine Handelsschuld aus dem Grunde nicht zutrifft, weil der Beklagte im Verhältnisse zu der Firma keine dritte Person, sondern ein solidarisch haftender Gesellschafter ist, dessen sämmtliche einzelne Geschäfte eben, so weit sie dem Betriebe der Gesellschaft dienen, nach Art. 273 Handelsgeschäfte sind;

J. E. jedoch, daß die Einrede der Incompetenz von dem Beklagten nicht mehr vorgeschützt werden kann, da sie von ihm in erster Instanz nicht geltend gemacht worden ist, und mit Rücksicht darauf, daß das ordentliche Civilgericht die Fülle der Gerichtsbarkeit in sich vereinigt und mit Zustimmung der Parteien auch Handelssachen abzuurtheilen befugt ist, eine nach Art. 170 der B. Pr.-O. in jeder Lage der Sache zu rügende Incompetenz hinsichtlich des Gegenstandes nicht vorliegt;

J. E. sodann, den weiteren Einwand des unzulässigen Verfahrens betreffend, daß, wenn selbst die Klägerin befugt gewesen wäre, einen der in dem Art. 310 und Art. 311 des H. G.-B. vorgesehenen Wege zur Realisirung ihres Rechts an dem ihr in dem Scheine vom 21. April 1870 bestellten Faustpfand an einer nicht indossabeln Obligation auf Namen einzuschlagen, sie doch nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 312 Abs. 2 keinenfalls gehindert war, die Veräußerung des Faustpfandes unter Beobachtung der dafür nach dem hiesigen bürgerlichen Recht geltenden Bestimmungen vornehmen zu lassen, nach diesen Bestimmungen aber (vergl. 2078 des B. G.-B.) eine ordentliche Klage auf Ermächtigung zur Ueberweisung oder zum Verkaufe des Pfandes beim Gerichte erhoben werden mußte, und jede Klausel, die den Gläubiger ermächtigt, sich das Faustpfand zuzueignen oder ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten darüber zu verfügen, mithin auch die in dem mehrerwähnten Scheine für die Klägerin enthaltene Ermächtigung, das Kapital selbst zu kündigen und in Empfang zu nehmen, als nichtig anzusehen war;

III. Senat. Sitzung vom 26. Januar 1872.

Advokaten: Franken — Esser I.

Digitized by Google

Wechsel. — Uneigentlich domizilirter. — Protest. — Bedeutung von „Zahlbar bei".

Wenn gleich ein eigener, bei einem am Ausstellungsorte wohnenden Dritten zahlbar gestellter, Wechsel nicht die Eigenschaft eines domizilirten Wechsels im Sinne der Art. 99 und 26 der allg. deutschen Wechselordnung hat, so sind doch auf denselben die für den eigentlichen Domizil-Wechsel gegebenen Vorschriften analog anwendbar und kann daher die Präsentation und Protesterhebung rechtgültig bei der Person dieses Dritten erfolgen.

Dem Ausdrucke „Zahlbar bei" auf einem solchen Wechsel ist wie bei einem domizilirten Wechsel die gleiche Bedeutung mit dem Ausdrucke „zahlbar durch" beizulegen.

Firma Hollmann und Weddingen. — Barmer Bankverein.

Auf Grund eines am 10. August 1871 von Heinemann und Cramer zu Barmen an die Ordre von Hollmann und Weddingen, zahlbar bei Jakob Culp zu Barmen ausgestellten, medio November 1871 fälligen und Mangels Zahlung am 16. November 1871 auf Anstehen des letzten Inhabers, der Königl. Bank-Agentur zu Barmen, protestirten, über 849 Thlr. 14 Sgr. 11 Pfg. lautenden Wechsels, belangte Appellat die Appellantin beim Königlichen Handelsgerichte in Barmen auf Zahlung des Wechselbetrages nebst Protest und Retourkosten, sich darauf stützend, daß er diesen Wechsel als Vormann der preußischen Bankagentur eingelöst habe.

Appellantin trug auf Abweisung der Klage an, weil der Wechsel nicht dem Gesetze entsprechend protestirt worden sei, indem der Protest dahin laute: habe ich Gerichtsvollzieher dem zu Barmen bestehenden Bankgeschäfte unter der Firma Jakob Culp, sprechend in dessen Geschäftslokale daselbst mit dem Inhaber der Firma Jakob Culp persönlich in Abwesenheit von Heinemann und Cramer den und den Wechsel vorgezeigt; dieser Protest also gegenüber dem Bankhause Jakob Culp erhoben worden sei, während er gegenüber Heinemann und Cramer habe erhoben werden müssen, indem auch der Zusatz,

Digitized by Google

in Abwesenheit von Heinemann und Cramer an dieser Thatsache nichts ändere, dieser Zusatz überdieß nachträglich erst hineingesetzt worden sei;

Durch Urtheil vom 22. Dezember 1871 verwarf das Königliche Handelsgericht diese Einrede, und verurtheilte Appellantin nach Inhalt der Klage. Hiergegen ergriff letztere die Berufung und erklärte am 4. März cr. auf der Appellhof-Canzlei, daß sie die Incident-Fälschungsklage gegen den Protest vom 16. November 1871 erhebe mit der Behauptung, daß die Worte: in Abwesenheit von Heinemann und Cramer erst längere Zeit nach Aufnahme des Protestes in denselben eingeschrieben worden seien. Bei der Verhandlung wird für denselben insbesondere geltend gemacht:

Der Wechsel, sei kein Domizil-Wechsel, weil er an demselben Orte zahlbar gestellt sei, wo der Aussteller wohne; demnach sei er nicht gegen die Person, bei welcher er gezahlt werden solle, zu protestiren gewesen, sondern gegen den Aussteller in der Wohnung von Culp; das sei nicht geschehen, vielmehr sei der Wechsel behandelt worden, wie ein Domizil-Wechsel und gegen Jakob Culp protestirt; dem habe man nachträglich abhelfen wollen durch Einschiebung des Zusatzes in Abwesenheit von Heinemann und Cramer; dieser Zusatz ändere daran nichts, daß der Protest nicht gegen diese, sondern gegen Culp erhoben worden sei; allein es sei auch die Incident-Fälschungsklage gegen denselben eingeschrieben worden, auf welche mithin erkannt werden müsse, wenn dem Zusatze eine Erheblichkeit beigelegt werden möchte.

Appellantin erwiderte: wenn gleich der Wechsel kein Domizil-Wechsel im eigentlichen Sinne des Wortes sein möge, so habe doch die Wechselordnung über die Form des Protestes bei solchen Wechseln, die zwar bei einem Dritten, aber im nämlichen Orte wohnenden zahlbar gestellt seien, keine andere und abweichenden Vorschriften getroffen als bei den eigentlichen Domizilwechseln, es liege daher nahe, die gleichen Formen bei beiden zu beobachten, da das Verhältniß des Ausstellers zu demjenigen, bei welchem der Wechsel gezahlt werden solle, in beiden Fällen das gleiche sei; betrachte man aber auch das Verhältniß vom civilrechtlichen Standpunkte, so sei derjenige, bei welchem der Wechsel zahlbar gestellt sei, der Mandatar des Ausstellers; werde gegen den Mandatar

Digitized by Google

proteſtirt, ſo werde eben gegen den Mandanten proteſtirt und damit dem Geſetze genügt; der Zuſatz ſei daher unerheblich. Wollte man aber ſich der Theorie der Appellantin anſchließen, ſo ſei er jedenfalls genügend um einen Proteſt wider Heinemann und Cramer feſtzuſtellen.

Ein Angriff mit der Incident-Fälſchungsklage gegen den Inhalt des Proteſtes ſei aber unſtatthaft, ſo lange man keinen Dolus des Inhabers behaupte; Appellat habe den Wechſel eingelöſt, könne nicht wiſſen, wie der nicht von ihr veranlaßte Proteſt früher beſchaffen geweſen ſei, ſei alſo hierfür nicht verantwortlich; die behaupteten Thatſachen enthielten aber auch gar nichts. Die Elemente einer Fälſchungsklage, die nachträgliche Niederſchrift des wirklich vorgefallenen ſei keine Fälſchung; letztere würde nur dann vorhanden ſein, wenn Appellantin behaupten würde, Heinemann und Cramer ſeien in der Wohnung von Culp anweſend geweſen.

Die Incident-Fälſchungs-Klage ſei daher gänzlich unſtatthaft und unerheblich. Appellantin ſuchte dieſe Gründe zu widerlegen, indem ſie ausführte, auf allgemein civilrechtliche Grundſätze dürfe zur Bedingung des ſtreng formellen und ſpeciellen Wechſelrechts nicht zurück gegriffen werden; der Wechſelordnung ſei abgeſehen von den wirklichen Domizilwechſeln der Begriff eines Zahlungs-Mandatars fremd, ſie kenne nur einen bezogenen als zur Zahlung Angewieſenen, gegen welchen proteſtirt werden müſſe. In den Worten: „zahlbar bei X" liege aber auch keineswegs ein dem X ertheiltes Zahlungs-Mandat, ſondern nur die Angabe des Orts, wo der bezogene, das heißt für den Ausſteller ſelbſt zu zahlen habe; der Wechſelregreß könne nur aus einem rechtzeitig, das heißt ſpäteſtens am Tage der Erhebung in allen ſeinen Theilen vollendeten und den geſetzlichen Erforderniſſen entſprechenden Proteſtakt genommen werden; die moyens der, in zweiter Linie erhobenen Incident-Fälſchungs-Klage ſeien erſt nach deren Zulaſſung, respective nach der Verwerfung der principaliter dem Proteſt entgegengeſetzten Einrede zu artikuliren und zu erörtern und behalte ſich Appellantin insbeſondere die näheren Artikulationen dafür vor, daß der angegriffene Zuſatz mit Wiſſen der Appellatin entſtanden ſei, als das Protocoll ſich bereits in ihrem Beſitze befunden habe;

Digitized by Google

Urtheil:

J. E., daß der in Rede stehende Wechsel de dato Barmen den 10. August 1871, Inhalts dessen Heinemann und Cramer medio November ejusdem an die Ordre von Hollmann und Weddingen 849 Thaler 14 Sgr. 11 Pfg. zu zahlen versprochen, einen eigenen Wechsel darstellt, der durch den Zusatz: zahlbar bei Herrn Jakob Culp in Barmen, allerdings nicht die Eigenschaft eines domizilirten Wechsels im gesetzlichen Sinne erhalten, da nach den Bestimmungen der Artikel 99 und 24 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung es zum Wesen eines Domizilwechsels gehört, daß die Zahlung an einem von dem Ausstellungsorte verschiedenen Orte erfolgt;

Daß jedoch beim Mangel specieller gesetzlicher Bestimmungen für Wechsel, wie der vorliegende, wo am Orte der Ausstellung selbst ein von der Wohnung und dem Geschäftslocale der Aussteller verschiedenes Domizil für die Zahlung des Wechsels gewählt worden, es unbedenklich erscheint, die für den eigentlichen Domizilwechsel gegebenen Vorschriften auf diese sogenannten uneigentlichen Domizilwechsel analog zur Anwendung zu bringen;

Daß nun gemäß Artikel 99 der Wechselordnung eigene domizilirte Wechsel zur Erhaltung des wechselmäßigen Regressanspruchs gegen den Aussteller und die Indossanten dem Domiziliaten, das heißt demjenigen, durch welchen, wie der Artikel 24 sagt, die Zahlung an dem Zahlungsorte geschehen soll, und wenn ein solcher Domiziliat nicht benannt ist, dem Aussteller selbst an jenem Orte zur Zahlung zu präsentiren und zu protestiren sind;

Daß hiernach auch bei einem Wechsel, wie der vorliegende, die Präsentation und die Protesterhebung rechtsgültig bei der Person erfolgen würde, welche von dem Aussteller als diejenige bezeichnet worden, die an seiner Statt, wenn auch an demselben Orte, Zahlung leisten solle;

Daß in diesem Falle, wie beim eigentlichen Domiziliaten die Bestellung eines Mandatars zur Zahlungsleistung vorliegt;

Daß demgemäß nur zu untersuchen bleibt, ob untergebens Inhalts des Wechsels der benannte Jakob Culp wirklich als

Digitized by Google

Vertreter der Aussteller bezüglich der Zahlung des Wechselbetrages bestellt worden.

J. E., daß, wenn nun auch der Artikel 25 der Wechselordnung, auf welchen zur Erläuterung des Wortes Domiziliat im Artikel 99 zurückzugehen ist, als solchen diejenige Person bezeichnet, durch welche die Zahlung am gewählten Zahlungsorte geleistet werden soll, hieraus doch nicht gefolgert werden kann, daß einzig vermittelst des Ausdrucks: „zahlbar durch . . . . " die unzweideutige Bezeichnung eines Domiziliaten geschehen könne; die Natur des Wechsels als eines Formalactes vielmehr nur verlangt, daß aus der Urkunde selbst die Bestellung eines Bevollmächtigten zur Zahlung mit zuverläßiger Bestimmtheit zu entnehmen sei;

Daß nun im Gegensatze zur bloßen Angabe eines Zahlungsortes die gleichzeitige Benennung einer Person an diesem Orte für sich allein schon viel eher auf eine Beziehung dieser Person selbst zur Zahlung hindeutet, als annehmen läßt, daß durch Benennung der Person nur deren Wohnung oder Geschäftslocal als der Ort bezeichnet werden solle, an welchem der Bezogene respective der Aussteller selbst Zahlung leisten werde;

Daß daher, wenn letzteres nicht mit Bestimmtheit aus dem Wechsel zu entnehmen ist, die Vermuthung dafür streitet, daß die benannte Person auch der eigentliche Domiziliat sein soll;

Daß aber dem Ausdrucke: „zahlbar bei" die Bedeutung einer solchen bloßen Ortsbezeichnung nicht beigelegt werden kann, derselbe vielmehr zur Bezeichnung einer Person, durch welche die Zahlung vermittelt, und bei welcher das Geld in Empfang genommen werden soll, nicht weniger geeignet erscheint, als der Ausdruck: „zahlbar durch" wie denn auch der gleichbedeutende Sinn dieser beiden Formeln im Verkehrsleben bezüglich der gezogenen Wechseln wiederholt durch die Entscheidungen der höchsten deutschen Gerichtshöfe anerkannt worden; vergleiche Borchardt deutsche Wechselordnung 4. Auflage, Zusatz 262 zu Artikel 24;

Daß bei der Gleichheit der entwickelten Gründe dasselbe aber ebenso bei den eigenen domizilirten Wechseln und bei Wechseln wie der vorliegende angenommen werden muß;

Digitized by Google

Daß nach alle dem der Protest des Gerichtsvollziehers Lewert zu Barmen vom 16. November 1871, indem dadurch constatirt wird, daß der fragliche Wechsel dem zu Barmen bestehenden Bankgeschäfte unter der Firma Jakob Culp, sprechend in dessen Geschäftslokale daselbst mit dem Inhaber der Firma Herrn Jakob Culp persönlich, zur Zahlung vorgezeigt und protestirt worden, und welche Erklärung letzterer abgegeben habe, der Vorschrift des Artikels 88 Nummero 3 der Wechselordnung vollkommen entspricht und eine Nachfrage nach der Person der Aussteller Heinemann und Cramer nicht erforderlich war;

Daß daher eine Untersuchung darüber, ob die in dem gedachten Protestacte an der betreffenden Stelle befindlichen Worte: „in Abwesenheit von Heinemann und Cramer ursprünglich in den Akt aufgenommen oder nachträglich hinzugefügt worden, zur Sache unerheblich erscheint;

Daß, da im Uebrigen die Rechtsgültigkeit des Protestes nicht angefochten, die Regreßklage der Appellantin begründet erscheint;

Aus diesen Gründen

verwirft der Königliche Appellationsgerichtshof die wider das Urtheil des Königlichen Handelsgerichts zu Barmen vom 22. Dezember 1871 eingelegte Berufung mit Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 5. April 1872.

Advokaten: Schilling — Herbertz.

Nachbarrecht. — Kamine.

Derjenige, auf dessen Grundstück Rauch, Ruß, Schmutz, aus den Kaminen einer benachbarten außergewöhnlichen gewerblichen Anlage durch den Wind in belästigender Weise herüber getrieben wird, kann verlangen, daß der Eigenthümer Vorrichtungen zur Verhinderung dieser Belästigung trifft, oder daß demselben der ganze Gewerbebetrieb daselbst untersagt werde.

Der Eigenthümer der Anlage wird von seiner Verantwortlichkeit dadurch nicht befreit, daß dieselbe

Digitized by Google

nach allen Regeln der Kunst und Erfahrung, welche die Technik zur Vermeidung des nachtheiligen Kohlenauswurfes anzustellen pflegt, gemacht hat.*)

Artillerie-Werkstätte zu Deutz. — Coomanns u. Malsbender.

Coomanns und Malsbender in Deutz klagten gegen die Artillerie-Werkstätte zu Deutz, in der Person ihres Direktors bei dem Landgerichte zu Köln, daß dieselbe verurtheilt werde die in der genannten Werkstätte den Häusern der Kläger gegenüber befindlichen Kamine so einzurichten, daß Rauch, Ruß und Schmutz aus denselben nicht in die Häuser der Kläger dringen und sich auf die dazu gehörigen Hofräume und Bleichen ablagern könne; event., falls eine solche Einrichtung nicht möglich sein sollte, diese Kamine gänzlich zu beseitigen, im Unterlassungsfalle die Kläger zu ermächtigen, die betreffende Einrichtung und event. Beseitigung auf Kosten der Beklagten selbst vorzunehmen.

Nachdem ein Beweisverfahren über die der Klage zu Grunde gelegten Behauptungen stattgefunden hatte, hat das Königl. Landgericht durch Urtheil vom 23. Juni 1870 die Verklagte verurtheilt, die betreffenden Kamine binnen zwei Monaten so einzurichten, daß Rauch, Ruß und Schmutz aus denselben nicht ferner in die Häuser der Kläger dringen, sowie auf die dazu gehörigen Hofräume und Bleichen ablagern kann, und demnach insbesondere:

1) die Schornsteine bis auf 60 Fuß zu erhöhen,
2) dieselben mit Deckeln zu versehen, welche an den Seiten umgebogen sind,
3) in denselben 4 bis 5 übereinanderliegende Schieber anzubringen,
4) dieselben über dem Dache und über die ad 2 gedachten Deckel ferner mit Eisenplatten zu versehen;

und sodann die Kläger ermächtigt, falls die Verklagten binnen 2 Monaten jene Vorrichtungen nicht oder nicht vollständig gemacht haben würden dieselben auf Kosten derselben ausführen zu lassen;

---

*) Uebereinstimmende Entscheidung mit den Prinzipien in den Entscheidungen vom 14. Juli 1847, 26. Oct 1847, 30. Oct. 1856. Archiv 43. 1. 181. 52. 1. 108.

Digitized by Google

Auf die von der Beklagten hiergegen ergriffene Berufung hat der Hof wie folgt erkannt:

Urtheil.

In E., daß durch das Statt gehabte Beweisverfahren thatsächlich festgestellt ist, daß die Beklagte durch die auf ihrem Eigenthum errichteten 13 Schornsteine, welche je 3—4 Schmiedefeuer in sich aufnehmen, Rauch, Ruß und Schmutz entsendet, welcher, namentlich bei Nordwind, sich über die Grundstücke der Kläger verbreitet und auf dieselben einen schädlichen Einfluß ausübt;

In E., daß es nun zwar jedem Grundeigenthümer nach Art. 544 des B. G.-B. freisteht, sein Eigenthum, soweit nicht besondere Gesetze entgegenstehen, nach seinem Belieben zu benutzen;

Daß jedoch diese Befugniß nach Art. 1382 ihre Grenze in dem gleichen Rechte des Nachbars auf Schutz gegen Beeinträchtigungen seines Eigenthums findet;

Daß sich demnach ein Jeder aller Handlungen enthalten muß, durch welche er von seinem Grundeigenthum aus auf des Nachbars Eigenthum und den darüber befindlichen Luftraum nachtheilig einwirkt;

Daß sich dieses nicht bloß auf Handlungen bezieht, welche unmittelbar einen Eingriff in das fremde Eigenthum bezielen, sondern auch auf solche, welche dasselbe unter Mitwirkung von Naturkräften berühren;

Daß folglich die Beklagte für den Rauch, Ruß und Schmutz, welchen die auf ihrem Eigenthum errichteten Schornsteine auf den Nachbargrundstücken ablagern, unbedingt verantwortlich ist, indem, wenngleich diese Ablagerung nur unter Mitwirkung des Windes möglich ist, doch die eigentliche Ursache in dem von der Beklagten betriebenen Gewerbe liegt;

Daß die Beklagte von dieser Verantwortlichkeit selbst dann nicht frei sein würde, wenn sie ihre gewerblichen Einrichtungen nach allen Regeln der Kunst und Erfahrung, welche die Technik zur Vermeidung des nachtheiligen Kohlenauswurfs anzuwenden pflegt, gemacht hätte, da der Nachbar verlangen kann, daß, wenn diese Maßregeln zum Schutze seines Eigenthums vor den nachtheiligen Einwirkungen nicht ausreichen, der ganze Gewerbebetrieb untersagt werde, daß

Digitized by Google

demnach auch die von der Beklagten in dieser Richtung erbotenen Beweise sich als unerheblich darstellen;

J. E. ferner, daß zwar nach den Grundsätzen nachbarlicher Duldung, wie sie namentlich bei dem engeren Zusammenwohnen in Städten sich schon im römischen Rechte Bahn gebrochen [vergl. l. 8 § 5 und 6 D. si serv. vind. (8,5)] und den starren Eigenthumsbegriff modificirt haben, der Grundeigenthümer sich gefallen lassen muß, daß ihm von Seiten des Nachbars in seine Luftsäule derjenige Rauch herübergesandt werde, welcher von gewöhnlichen Wohngebäuden oder kleineren, regelmäßig innerhalb der Städte sich findenden Gewerbebetrieben herrührt und keine irgend erhebliche Benachtheiligung oder Belästigung der Nachbarn herbeiführt;

Daß dieses zu duldende Maß aber im vorliegenden Falle in erheblicher Weise überschritten wird, da die Anlagen der Beklagten außergewöhnlicher Art sind und, wie die Zeugen und Sachverständigen nicht zweifelhaft lassen, den Grundstücken der Kläger durch den auf dieselben niederfallenden Ruß und Schmutz einen Nachtheil zufügen, der, wenn er auch nur bei Nordwind eintritt, doch als keineswegs unbedeutend angesehen werden kann;

J. E., daß auch nach diesen, von der Rechtsprechung des Hofes fortwährend befolgten Grundsätzen die im Urtheile erster Instanz ausgesprochene Verurtheilung der Beklagten nicht zu weit geht, da von so umfangreichen und außergewöhnlichen Anlagen, wie die Schmiedewerkstätten der Beklagten, die Nachbarn überhaupt keinerlei materielle Einwirkungen auf ihr Grundeigenthum zu dulden brauchen, und da insbesondere eine Beschränkung der Verurtheilung der Beklagten in der Art, daß dieselbe ihre Einrichtungen so treffen solle, daß nicht ferner eine das Maß nachbarlicher Duldung überschreitende Einwirkung Statt finde, eine das Interesse der Kläger gefährdende Unbestimmtheit in sich schließen würde;

J. E., daß, was die Beschwerden gegen die einzelnen, im Urtheile erster Instanz der Beklagten auferlegten Maßnahmen anbelangt, das Obsiegen der hier angestellten Negatorienklage zunächst nur im Allgemeinen das Gebot an die Beklagte zur Folge haben kann, sich der in Frage stehenden nachtheiligen Einwirkungen auf das Eigenthum der Kläger in Zukunft zu enthalten, und es alsdann der Beklagten

Digitized by Google

überlassen bleiben muß, die zur Erfüllung dieses Gebots erforderlichen Mittel zu ergreifen, welche wiederum entweder in einer Einstellung des Betriebes oder in wirksamen Vorkehrungen gegen die Ablagerung des Rauchs, Rußes und Schmutzes auf den nachbarlichen Grundstücken bestehen können, indem es für die Kläger gleichgültig ist, welches Mittel die Beklagte ergreift, sofern nur überhaupt dem Uebelstand abgeholfen wird;

Daß daher strenggenommen der Beklagten im Urtheile nur eine alternative Verbindlichkeit, entweder den Betrieb einzustellen oder die eben erwähnten Vorkehrungen zum Schutze des klägerischen Eigenthums zu treffen, auferlegt werden konnte, daß es jedoch, weil die Beklagte sich nicht darüber beschwert hat, daß lediglich die zweite, an sich für sie mildere Alternative in das Urtheil erster Instanz aufgenommen worden, bei der betreffenden Verfügung dieses Urtheils sein Bewenden behalten kann;

Daß dagegen derjenige Theil des Urtheils, welcher sich auf die einzelnen, der Beklagten auferlegten Maßregeln bezieht, als eine unzulässige Beschränkung derselben deren Verlangen gemäß wieder aufzuheben ist, und aus gleichem Grunde die Verfügung, durch welche die Kläger ermächtigt werden, eintretenden Falls selbst die erforderlichen Vorkehrungen ausführen zu lassen, in Wegfall kommen muß, indem darin eine unstatthafte Schmälerung ihres Mahlrechts, den Betrieb einzustellen, liegt, daß jedoch selbstverständlich auf der anderen Seite den Klägern für den Fall, daß die Beklagte nicht innerhalb der ihr gesetzten Frist der ihr gemachten Auflage Genüge leistet, das Recht vorbehalten bleiben muß, einen Antrag auf Untersagung des Weiterbetriebes der Anlagen der Beklagten zu stellen;

J. E., endlich, daß die gesammten Kosten des Processes von der Beklagten als der in der Hauptsache völlig unterliegenden Partei zu tragen sind;

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rhein. Appellationsgerichtshof auf die Hauptberufung der Beklagten und die Incidentberufung der Kläger das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 23. Juni 1870 in so weit, daß er die in demselben enthal-

Digitized by Google

tene Verfügung, welche einzelne Vorkehrungen und Einrichtungen der Beklagten auferlegt und den Klägern die Ermächtigung ertheilt, dieselben im Ungehorsamsfalle der Beklagten auf Kosten der Letzteren selbst ausführen zu lassen, wiederaufhebt, dagegen den Klägern das Recht vorbehält, nach vergeblichem Ablaufe der der Beklagten gesetzten Frist die Untersagung des Weiterbetriebs der beklagtischen Anlagen zu beantragen.

III. Senat. Sitzung von 17. November 1871.
Advokaten: Nacken — Pfeifer.

Collocations-Verfahren. — Definitiver Status. — Klage auf Nichtigkeit. — Angriffsmittel der Gläubiger und des Subhastaten.

Der Gläubiger, welcher obwohl zur Produktion aufgefordert im Collocations-Verfahren nicht producirt und der deßhalb keine Anweisung im definitiven Status erhalten hat, hat kein selbstständiges Recht auf Vernichtung desselben aus dem Grunde, weil die durch Art. 755 B. P.-B. vorgeschriebene Sommation an den Subhastaten gar nicht oder in nichtiger Weise erfolgt ist.

Der Gläubiger kann aber auch in Ausübung des Rechtes des Schuldners, gleich diesem, aus einer solchen Verletzung der Vorschrift des Art. 755 nur in sofern den definitiven Status angreifen, als er nachweist, daß durch denselben die Rechte des Schuldners materiell verletzt sind.

Eine materielle Rechtsverletzung des Schuldners liegt aber nicht darin, daß der Richterkommissar einen Gläubiger entweder gar nicht oder nicht seinem Range nach entsprechend angewiesen hat.

Bender — Rautenstrauch.

In dem Collocationsverfahren gegen Feilger wurde der inscribirte Gläubiger Bender nach Art. 753 des B. P.-O. zur Produktion aufgefordert. Eine solche erfolgte nicht, dem-

Digitized by Google

gemäß auch keine Aufnahme des Bender in den provisorischen Status; und wurde demnächst in den definitiven Status die decheance des Bender ausgesprochen.

Bender stellte nunmehr eine Klage auf Vernichtung des definitiven Status an, gestützt darauf, daß seiner Behauptung nach derselbe deshalb ungültig sei, weil die dem Subhastaten Feilger in Gemäßheit des Art. 755 der B. P.-O. gemachte Aufforderung Mangels Zustellung derselben in dessen wirklichem Domizil nichtig sei. Durch Urtheil des Königl. Landgerichtes zu Coblenz vom 24. Juni 1871 wurde die Klage abgewiesen und erkannte der Hof auf die Berufung des Bender reformatorisch wie folgt:

Urtheil:

In. E. zur Sache, daß Appellant die Klage auf Vernichtung des definitiven Status vom 31. Juli 1869 kraft eigenen Rechtes und zugleich in Ausübung der Rechte des Mitsubhastaten Joh. Ant. Feilger angestellt und darauf gestützt hat, daß die Sommation des gedachten Feilger vom 25. Mai 1869 zur Einsichtnahme des provisorischen Status Mangels Zustellung an dessen wirklichem Domizil nichtig und der daraufhin erlassene definitive Status ungültig sei;

In. E. daß, wenn es sich auch nach Art. 755 der B. P.-O., welcher die Aufforderung an den Gemeinschuldner zur Einsichtnahme und event. Bestreitung des fertigen provisorischen Status vorschreibt, nicht bezweifeln läßt, daß der Gemeinschuldner als Partei in dem Verfahren betrachtet werden muß, worin der Erlös seines Eigenthums unter dessen privilegirte und hypothekarische Gläubiger vertheilt wird, daß daraus keineswegs folgt, daß ein Verstoß gegen die Vorschrift dieses Artikels in Beziehung auf die Sommation an den Schuldner eine absolute Nichtigkeit des definitiven Status zur Folge hat, die von allen Parteien, also nicht bloß vom Schuldner, sondern auch von allen zum Ordre-Verfahren gerufenen Gläubigern geltend gemacht werden könnte, da eine solche absolute Nichtigkeit weder vom Gesetze ausdrücklich verhängt ist, noch auf dem Grunde des Gesetzes beruht, welches offenbar die Berufung des Schuldners nicht im Interesse der Gläubiger und zur Wahrnehmung ihrer Rechte, sondern lediglich in dessen eigenem Interesse zu dem

Digitized by Google

Zwecke vorgeschrieben hat, damit er sich über die Existenz und die Höhe der in den provisorischen Status aufgenommenen Forderungen aussprechen könne; daß daher, wenn er durch Nichtberufung verletzt wird, deßhalb den Gläubigern, insoweit sie als Partei im Verfahren figuriren, ein selbständiges Recht auf Vernichtung des definitiven Status nicht zuerkannt werden kann, daß vielmehr ihrer desfallsigen Klage die Einrede der Rechtskraft der Collocations-Procedur entgegen steht, da der definitive Status für alle zum Verfahren gerufenen Gläubiger die Wirkung eines förmlichen Erkenntnisses hat; daß nun Appellant, wie die Sommation vom 10. Juli 1868 darthut, zur Produktion aufgefordert worden ist, und demnach nicht befugt erscheint, aus eigenem Rechte auf Vernichtung des definitiven Status zu klagen;

Daß er aber auch in seiner Eigenschaft als Gläubiger des Gemeinschuldners auch abgesehen von der Frage, in wieweit ein Gläubiger befugt ist, Namens seines Schuldners ein bloßes Rechtsmittel geltend zu machen, die Vernichtung dieses Status nur insoweit geltend machen kann, als der Schuldner persönlich dazu befugt ist, weil eben der Gläubiger nicht mehr Rechte hat, als jener selbst; daß nun wie schon oben erwähnt, die Vorschrift des Art. 755 lediglich bezweckt, dem Gemeinschuldner Gelegenheit zu geben, sich über die Richtigkeit der in den provisorischen Status aufgenommenen Forderungen auszusprechen; daß aber der Natur der Sache nach sein Recht und Interesse sich auf diese Kritik beschränkt und nicht auf eine Bestreitung der vom Richter-Commissar aufgestellten Rangordnung ausgedehnt werden kann, da nach Art. 2092 und 93 des B. G.-B. sein gesammtes Vermögen das gemeinschaftliche Unterpfand seiner Gläubiger ist, und es lediglich Sache der mit Privilegien und Hypotheken versehenen Gläubiger ist, ob sie solche überhaupt nicht, oder nicht in dem ihnen gebührenden Range geltend machen wollen; daß der Gemeinschuldner daher, wenn ihm die erwähnte Denunziation mit Sommation entweder gar nicht, oder nicht rite gemacht worden ist, an und für sich unzweifelhaft berechtigt erscheint, zum Zwecke der Ausübung jener Kritik eine Klage auf Vernichtung des regelwidrig zu Stande gekommenen definitiven Status anzustellen; daß aber diese Klage, wie jede andere, an die Voraussetzung geknüpft ist, daß er ein direktes oder indirektes Interesse an dieser Ver-

Digitized by Google

nichtung hat, mit anderen Worten, daß er eine materielle Rechtsverletzung nachweist; daß nun zwar im vorliegenden Falle Appellant Namens seines Schuldners in dieser Beziehung behauptet, dem Produzenten Hähnl seien 800 Thlr. zu viel angewiesen worden; daß er aber diese Behauptung mit nichts bescheinigt, auch nicht einmal zum Beweise gestellt hat; daß auf diese bloße Behauptung hin nicht auf Vernichtung des Status erkannt insbesondere die Folge nicht herbeigeführt werden kann, daß der Appellant das Recht im Rangungs-Ordnungs-Verfahren als Hypotheken-Gläubiger zu produciren wieder gewinne; daß hiernach die Klage nach beiden Richtungen nicht annehmbar erscheint und es sonach auf die Frage der Gültigkeit der fragl. Sommation und die event. Beweisanerbieten nicht weiter ankömmt;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die Berufung wider das Urtheil des Königl. Land-Gerichtes zu Coblenz vom 24. Juni v. J. und verurtheilt die Appellanten in die Succumbenzstrafe und in die Kosten.

1. Senat. Sitzung vom 20. November 1871.

Advokaten: Nacken — Esser, Rieth.

Untersuchungsrichter. — Vorführungs- und Verwahrungsbefehl. — Anklagesenat.

Der Anklagesenat ist befugt, auf den Einspruch des Oeffentl. Ministeriums dem Untersuchungsrichter, welcher den Antrag auf Erlaß eines Vorführungs- und Verwahrungsbefehls abgelehnt hat, den Erlaß derselben aufzulegen.

Oeffentl. Ministerium — Wittwe Kelz.

Nach Einsicht des Antrages des öffentl. Ministeriums bei dem Königl. Landgerichte zu Bonn vom 9. und 10. Februar d. J., der Verfügung des Königl. Untersuchungsrichters daselbst vom nämlichen Tage und des an demselben Tage von dem öffentl. Ministerium gegen diese Verfügung angemeldeten Einspruchs.

Nach Vernehmung des Antrages des Herrn Procurators, welcher schriftlich zu den Acten gegeben worden, und dahin gerichtet ist:

Digitized by Google

Der Königl. Rhein. Appell.-Ger.-Hof wolle die Verfügung des Königl. Untersuchungsrichters zu Bonn vom 10. d. Mts. auf den Einspruch der Staatsanwaltschaft aufheben, erkennen, daß es angemessen erscheint, gegen die Beschuldigte nach Maaßgabe der Anträge vom 9. und 10. d. Mts. einen Vorführungs- und demnächst einen Verwahrungsbefehl zu erlassen, und verordnen, daß der Untersuchungsrichter in Gemäßheit des Erkenntnisses des Hofes diese Befehle zu erlassen hat.

J. E., daß nach Art. 9 und 57 der Straf-Gerichts-Ordnung der Untersuchungsrichter seine Functionen als Solcher nur unter Autorisation des Appell.-Ger.-Hofes und unter Aufsicht des General-Procurators ausübt, der Appell.-Ger.-Hof also auch berufen ist, dessen Amtshandlungen zu überwachen und auf den dagegen von der Staatsbehörde erhobenen Einspruch abzuändern;

J. E., daß Letztere am 9. d. Mts. gegen die Ehefrau Wilhelm Kelz auf Grund des §. 212 des Str. G.-B. die Eröffnung der Untersuchung beantragt und nach dem Ergebniß der Obduction der Leiche ihres Stiefsohnes Carl Kelz durch Antrag vom 10. ej. m. einen Vorführungs- und Verwahrungsbefehl gegen dieselbe in Antrag gebracht hat;

Daß zu diesem, vom Untersuchungsrichter abgelehnten Antrage, die zur Zeit vorliegenden Anzeigen genügen;

Daß daher dem Einspruche der Staatsbehörde Statt zu geben und die Verfügung des Untersuchungsrichters zu Bonn vom 10. d. Mts. abzuändern ist.

Aus diesen Gründen

hebt der Appell.-Ger.-Hof die Verfügung des Untersuchungsrichters zu Bonn vom 10. Februar 1872 hiermit auf; erklärt an deren Statt die Vorführung und Verwahrung der Elisabeth Becker, Ehefrau Wilhelm Kelz der dermaligen Sachlage entsprechend und verordnet die Zurückverweisung der Sache an den Untersuchungsrichter zu Bonn mit der Auflage, die zur Vollziehung dieses Urtheils erforderlichen Vorführungs- und Verwahrungsbefehle, Letzteren nach Constituirung der Ehefrau Kelz über die wider sie erhobene Beschuldigung der Tödtung ihres Stiefsohnes Carl Kelz zu erlassen und die Untersuchung darüber bis zu deren Schlusse fortzusetzen.

Sitzung des Anklagesenats vom 21. Februar 1872.

Digitized by Google

Fideikommißstiftung. — Freigebige Verfügung unter Lebenden. — Reduction. — Vorbehaltserbe. — Gläubiger. — Beneficiarerbe. — Veräußerung der Erbrechte. — Vorschüsse des Beneficiarerben.

Die Vorbehaltserben haben im Falle der Reduction eines, eine freigebige Verfügung unter Lebenden darstellenden Fideikommisses, wegen Ueberschreitung des disponibeln Theiles ein ausschließliches Recht, mit Ausschluß der Gläubiger ihres Erblassers, auf das ihnen in Folge der Reduction zugewiesene, früher fideikommissarische Vermögen.

Der Beneficiarerbe braucht die nur für die Veräußerung von Bestandtheilen der Beneficiar-Masse gegebenen Vorschriften über Art. 805 u. ff. des B. G.-B. bei der Veräußerung seines Erbantheils nicht zu beobachten.

Der Beneficiarerbe, welcher Schulden des Erblassers aus seinem eigenen Vermögen bezahlt hat, ist als ein Vorschußgeber für die Beneficiar-Masse zu betrachten und wird dadurch Eigenthümer der paraten Mittel dieser Masse bis zum Betrage des Vorschusses.

v. Carnap — Schumacher u. Consl.

Das von dem verstorbenen Freiherrn von Carnap im Jahre 1845 im Gebiete des Rheinischen Rechtes betreffs eines in demselben gelegenen Güter gestiftete Fideikommiß, ist in Folge der von dessen Vorbehaltserben, welche den Nachlaß sub beneficio inventarii angetreten hatten, bei dem Königl. Landgerichte in Bonn angestellten Reduktionsklage wegen Ueberschreitung des disponiblen Theiles reducirt und dessen Theilung und der Verkauf der dazu sowie der zu dem Allodial-Vermögen des Erblassers gehörigen Güter verordnet worden. Ansteigerer eines Theiles derselben und zwar sowohl aus denjenigen, welche den Vorbehaltserben zugewiesen als aus den letztern wurde der Freiherr v. Kempis. Auf den von demselben geschuldeten Steigpreis wurde von einem Gläubiger des Erblassers Arrest angelegt, dessen Gültigkeit von den Vorbehaltserben, bez. von denjenigen Personen, an welche dieselben ihre Erbrechte über-

Digitized by Google

tragen hatten, aus dem doppelten Grunde bestritten wurde, weil

1) Der Gläubiger des Erblassers nach Art. 921 des B. G.-B. auf das in Folge der Reduction einer Verfügung unter Lebenden dem Vorbehaltserben anerfallene Vermögen kein Recht habe,

2) Weil zweitens der von v. Kempis verschuldete Steigpreis, soweit er das Allodial-Vermögen des v. Karnap betreffe, dadurch Eigenthum der Beneficiarerben geworden sei, daß diese Schulden des Erblassers in großem Betrage bezahlt hätten.

Der Arrestbeleger bestritt die Anwendbarkeit des Art. 921 auf das Fideikommiß-Vermögen; sowie die Wirkung der Schuldentilgung seitens der Beneficiarerben auf das Eigenthum der ausstehenden Forderungen der Beneficiar-Masse. Derselbe behauptete ferner, daß die Beneficiarerben, welche ihre Erbantheile ohne Beobachtung der Vorschriften des Art. 805 u. ff. des B. G.-B. veräußert hätten, dadurch ihrer Benefiziar-Erben-Qualität verlustig geworden wären, und sich auch deßhalb dem Arreste nicht widersetzen könnten.

Durch Urtheil des Königl. Landgerichts zu Bonn vom 9. Juli 1869 wurde der Arrest für gültig erklärt. Auf die von den Arrestaten eingelegte Berufung erkannte der Hof reformatorisch wie folgt:

Urtheil.

In E., daß die Stiftungsurkunde des hier in Frage stehenden Freiherrl. von Carnapschen Fideikommisses die Bestimmungen des B. G.-B. als die Gesetze des Landes, wo sowohl die Fideikommißstifter wohnten, als auch die zu dem Fideikommisse gezogenen Güter gelegen waren, überall als maßgebend anerkennt, und von denselben Voraussetzungen auch die A. Cab.-Ordre vom 11. April 1845, welche dem Fideikommisse die landesherrliche Bestätigung ertheilt hat, ausgeht, daher die Anwendbarkeit dieses Gesetzbuches um so weniger in Zweifel zu ziehen ist, als die allgemeine Cab.-Ordre vom 25. Februar 1826 über die Errichtung von Familienfideikommissen, welche Appellat für die gegentheilige Meinung, nämlich für die Anwendbarkeit des Allg. Landrechtes anruft, gerade ausdrücklich verfügt, daß die Rechtsverhältnisse der Fideikommisse blos nach der bestätigten Stiftungsurkunde beurtheilt werden sollen;

Digitized by Google

J. E., daß nun auf die Bestimmungen des Rheinischen Rechtes insbesondere den Art. 921 des B. G. B. fußend die Appellanten Erben von Carnap behaupten, daß die durch das Urtheil des Königl. Landgerichtes zu Bonn vom 9. Juli 1867 im Wege der Theilungsklage zu Gunsten der Vorbehaltserben verordnete und von denselben durch Verkauf ins Werk gesetzte Reduktion des fraglichen Fideikommisses auf ein Viertheil seines gesammten Mo- und Immobilarstandes nur ihnen als Vorbehaltserben, nicht aber auch den Gläubigern ihres Vaters und Erblassers, des Fideikommißstifters, zu Gute komme und deßhalb auch der von dem Appellaten gegen sie bei dem Freiherrn von Kempis angelegte Arrest aufzuheben sei;

Daß in dieser Hinsicht dieselben nun nicht mehr auf dem in erster Instanz vertheidigten Systeme, daß der Art. 921 des B. G.-B. auch auf Verfügungen auf den Todesfall anwendbar sei, bestehen, sondern gegenwärtig unter Vorlage der berührten Stiftungsurkunde des Fideikommisses vom 6. April 1844 behaupten, daß die Fideikommißstiftung eine Verfügung unter Lebenden, d. h. eine unwiderrufliche sei, und sich hierbei namentlich auf §. 49 der Stiftungsurkunde berufen, welcher besagt; „Das hier gestiftete Familienfideikommiß tritt ins Leben vom Tage der Allerh. K. Bestätigung dieser Urkunde an. Der unterzeichnete Stifter Johann Gerhard Freiherr von Carnap gilt daher nicht blos als der Fundator, sondern auch als der erste Besitzer des freiherrl. von Carnapschen Fideikommisses,"

Daß hiergegen allerdings Appellat anführt, daß in der Stiftungsurkunde (§. 13.) es dem Stifter vorbehalten ist, die Ordnung unter den zuerst zum Genusse berufenen Fideikommißerben anderweitig zu bestimmen, daß in §. 65 u. ff. daselbst der Pflichttheil der Kinder des Stifters in eingehendster Weise geordnet ist, daß endlich die die Stiftung bestätigende A. Cab.-Ordre vom 11. April 1845 ausdrücklich die Rechte der Notherben des Stifters gewahrt wissen will, und daraus in Verbindung mit dem Zwecke der Stiftung, nämlich „der Herbeiführung und Sicherung der Nachfolge der jedesmaligen Fideikommißnachfolger," den Schluß zieht, daß die Fideikommißstiftung eine Verfügung auf den Todesfall sei;

J. E., daß jedoch kein begriffliches noch positiv gesetzliches Hinderniß entgegensteht, daß der letzterwähnte Zweck, in Anbetracht des Umstandes, daß es sich hier nur um einzelne

Digitized by Google

Güter und nicht um das Vermögen oder den Nachlaß der Disponenten handelt, auch durch eine Verfügung unter Lebenden erreicht werden mag, daß sodann die Regelung des Pflichttheils und des Rechtes der Notherben, wie die Artikel 1075 bis 1080 des B. G.-B. deutlich zeigen, ebenfalls durch Verfügungen der Eltern unter Lebenden geschehen kann;

Daß endlich die erwähnte Bestimmung in §. 13. der Stiftungsurkunde: „dem Stifter jedoch nicht der Mitstifterin soll es und zwar ausschließlich gestattet sein, eine andere Erbfolge unter seinen 4 Söhnen zu verordnen. Diese Ordnung muß jedoch vor dem Tode der Mitstifterin statt gefunden haben" sowohl an sich als namentlich in ihrer Beschränkung auf den Fideikommißstifter und ersten Fideikommißbesitzer, nicht geeignet ist, der einheitlichen im Ganzen und in allen Theilen Allerhöchst bestätigten Urkunde einen andern Charakter aufzudrücken;

Daß aber dieser Charakter aus der Urkunde überhaupt, insbesondere aus der oben erwähnten Bestimmung des §. 49 sich als der Charakter einer Verfügung unter Lebenden oder einer unwiderruflichen Verfügung ergibt;

Daß das Bezeichnende hierbei die Verfügung ist, daß mit dem Tage der landesherrlichen Bestätigung, somit bei Lebzeiten der Stifter, das Fideikommiß ins Leben tritt, also das Fideikommißvermögen aus dem Vermögen der Stifter definitiv ausscheidet und demzufolge der Stifter Johann Georg von Carnap das Erstere von nun an als Fideikommißbesitzer und zwar mit Ausschluß der Mitstifterin seiner Ehefrau besitzt, während bis zu diesem Momente, wie die Urkunde selbst besagt, das Fideikommißvermögen zur ehelichen Gütergemeinschaft gehört hat;

Daß daher die Fideikommißstiftung als eine Verfügung unter Lebenden angesehen und demnach die Bestimmung des Artikels 921 des B. G.-B. auf dieselbe anwendbar erkannt werden muß;

Daß infolge dessen die Appellanten ein ausschließliches Recht auf das früher fideikommissarische Vermögen, soweit es ihnen als Notherben nunmehr zugefallen ist, besitzen, und die Gläubiger ihres Erblassers keine Rechte dagegen geltend machen können;

Daß hieraus ferner folgt, daß der seitens des Appellaten angelegte Arrest, soweit derselbe Bestandtheile des Fideikom-

Digitized by Google

misses respektive ausstehende Gelder von Fideikommißgütern betrifft, ungültig und daher aufzuheben ist: Beides dieses jedoch nur dann, wenn es nicht etwa dem Appellaten gelingt, seine Incidentberufung zu begründen, welche dahin geht, daß die durch die Anwälte Nacken und Bessel vertretenen Appellanten, welche im Urtheil a quo nur als Benefiziarerben ihres Vaters verurtheilt sind, statt dessen als einfache Erben verurtheilt werden, weil sie durch die in den Notarialakten vom 11. Februar, 17. April und 25. Mai 1869 über ihre Erbrechte zu Gunsten Dritter ohne Beobachtung der im Art. 805 ff. des B. G.-B. vorgeschriebenen gesetzlichen Formen verfügt hätten;

J. E., daß jedoch diesem Antrage nicht statt zu geben ist, daß nämlich das Gesetz nirgends und namentlich nicht in den citirten Artikeln Vorschriften darüber enthält, wie seitens der Benefiziarerben die Veräußerung ihrer Erbrechte, sondern nur darüber, wie die Veräußerung von Bestandtheilen der Benefiziarmasse statt finden solle, und zwar dieses aus dem am Tage liegenden Grunde, daß nicht der Bestand der Benefiziarmasse zum Nachtheile der Gläubiger verdunkelt oder alterirt werde, während die Veräußerung der Erbrechte seitens der Benefiziarerben resp. des ihnen aus der Erbschaft zufallenden Antheils resp. Vortheils selbstredend das Interesse der Gläubiger in keiner Weise berührt;

Daß aber auch wirklich die bezogenen Akte nichts anders als Veräußerung der Erbrechte seitens Einzelner der Appellanten und nicht Verfügungen über die Benefiziarmasse enthalten und sich daher der Kritik seitens des Appellaten entziehen;

J. E., daß jedoch aus dem Satze, daß das von den Appellanten erstrittene Fideikommißvermögen zufolge Art. 921 des B. G.-B. ihnen allein mit Ausschluß der Erbschaftsgläubiger zu Gute kommt, nicht ohne Weiteres zu folgern, daß der seitens des Appellaten angelegte Arrest gänzlich aufzugeben ist;

Daß nämlich die Appellanten selbst zugeben, daß unter den, in den Händen des Drittarrestaten bestrickten Geldern sich ein namhafter Betrag von circa 1500 Thlr. befindet, welcher nicht aus jener Fideikommißmasse, sondern aus der Allodialmasse des Erblassers herrühre und sich demnach die Frage ergibt, ob nicht bezüglich dieses zur Allodialmasse gehörigen Betrages der Arrest etwa aufrecht zu erhalten sei;

Digitized by Google

Daß hiergegen jedoch die Appellanten anführen, daß die Benefiziarmasse in Allem nur 16,013 Thlr. betragen habe, sie selbst aber aus ihrem eignen Vermögen, nämlich aus dem ihnen zukommenden Feideikommißvermögen schon 108,431 Thlr. Schulden des Erblassers mit Rücksicht auf jenes Aktivum der Allodial- resp. Benefiziarmasse bezahlt hätten, und behaupten, daß sie infolge dessen Eigenthümer dieses Aktivums geworden seien;

J. E., daß nun in faktischer Beziehung seitens des Appellaten, wenn auch die Richtigkeit der angeführten Zahlen nicht nachgegeben worden, doch soviel als unbestritten anzusehen ist, daß die Erben von Carnap und zwar vor dem Arreste des Appellaten eine weit größere Summe an die Gläubiger ihres Erblassers bezahlt haben, als die Benefiziarmasse beträgt;

Daß es nun rechtlich nicht bezweifelt werden kann, daß die Appellanten nach Art. 808 des B.G.-B. bis zu dem Momente, wo eine Opposition in ihre Hände niedergelegt worden ist, das Recht gehabt hätten, über die zur Benefiziarmasse gehörigen Gelder und Ausstände zu ihren, als der durch die an die Gläubiger geleisteten Zahlungen in deren Rechte subrogirter Gläubiger Gunsten, gerade wie zu Gunsten anderer Gläubiger durch Einziehung und Aneignung oder durch Cession zu verfügen;

Daß daher die Annahme, daß die Appellanten in dem Momente, wo sie aus eignen Mitteln ohne allen zwingenden Grund jene Zahlungen an die Gläubiger ihres Erblassers leisteten, sich nur als Vorschußgeber für die Benefiziarmasse betrachteten und die paraten Mittel dieser Masse als Ersatz des Gezahlten nunmehr als die ihrigen betrachteten — ganz der Natur der Sache entspricht, daß aber wenn sie unbestrittenermaßen diesen Zweck durch sich selbst ertheilte Anweisungen oder Cessionen erreichen konnten, dazu auch ihr bloßer Wille genügt, indem jener Form doch rechtlich keinerlei Bedeutung beigelegt werden kann;

Daß daher angenommen werden muß, daß durch die vor dem Arreste des Appellaten geschehene Zahlung jener großen Schuldbeträge, sie sofort mit der Zahlung Eigenthümer der in Forderungen bestehenden Benefiziarmasse geworden sind, hieraus aber sich ergibt, daß der Arrest des Appellaten keinen Gegenstand mehr hat und aufzuheben ist;

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

reformirt der Rhein. Appell.-Ger.-Hof. unter Verwerfung der Incidentappellation das Urtheil des L. G. zu Bonn vom 9. Juli 1869 insofern ferner der seitens des Appellaten bei dem Freiherrn Carl von Kempis zu Rankenberg angelegte Arrest für gültig erklärt worden ist; erklärt die Appellanten nur als Benefiziarerben des Freiherrn Johann Georg von Carnap zur Zahlung der in dem Urtheile wovon, ausgedrückten Summe für verpflichtet, hebt den genannten Arrest auf, verordnet die Rückgabe der Strafgelder und legt von den Kosten beider Instanzen dem Appellaten drei Viertel und den Appellanten ein Viertel zur Last.

II. Senat. Sitzung vom 2. Dezember 1870.

Advokaten: Racken, Bessel, Drewke — Wallraf.

Stempel. — Lieferungs-Vertrag. — Kauf-Vertrag.

Verträge über die Anfertigung und Lieferung von Quantitäten nach bestimmten Vorschriften anzufertigender Eisenbahnschienen und Räder für eine Eisenbahn-Gesellschaft zu einem dem Gewichte nach zu zahlenden Preis, sind als Kauf-Verträge anzusehen und unterliegen dem Kauf-Vertrag-Stempel von Mobilien zu $\frac{1}{3}$ % des ganzen stipulirten Preises.

Unter den im kaufmännischen Verkehr abgeschlossenen Kauf- und Lieferungs-Verträgen über bewegliche Sachen, welche nach der Allerhöchsten Cabinets-Ordre vom 30. April 1867 nur einem Stempel von 15 Sgr. unterliegen, sind nur Käufe und Lieferungen zum Zwecke des Wieder-Verkaufes zu verstehen, nicht aber solche, welche zum eigenen Gebrauche abgeschlossen werden.*)

Aktiengesellschaft für Bergbau u. Hütten-Betrieb Phönix — Provinzialsteuer-Direction zu Köln.

Die Gesellschaft Phönix zu Bochum hat in mehreren

*) Vergl. Rhein. Archiv 48, 2, 50, 59, 2. S. 52, 27. Striethorst Archiv Bd. 55 S. 262 Entscheidungen des Obertribunals Bd. 47 S. 465.

Digitized by Google

Verträgen es übernommen der Bergisch-Märkischen Eisenbahngesellschaft — die darin näher bezeichneten Quantitäten von nach bestimmten Vorschriften anzufertigenden Eisenbahnschienen und Rädern zu einem dem Gewichte nach zu zahlenden Preise zu liefern.

In diesen Verträgen war nur der Kaufvertragsstempel von $^1/_3$ % des Werthes des von der Gesellschaft zu den Lieferungen zu erwerbenden Materials in Ansatz gebracht; im übrigen waren die Verträge hinsichtlich der auf das Material zu verwendenden Arbeit als einem Werthstempel nicht unterliegende Verdingungs-Verträge angesehen worden.

Die Steuerbehörde hat dagegen dieselben als einheitliche Lieferungs-Verträge erachtet, und deren Besteuerung mit $^1/_3$ % vom ganzen Preise verlangt, und auch diesen Stempel eingezogen.

Die Gesellschaft hat beim Königl. Landgerichte zu Köln gegen die dortige Provinzial-Steuerbehörde Klage auf Herausbezahlung des dieser Feststellung nach mehrerhobenen Stempelbetrages von 809 Thlr. erhoben.

Zwischen den Parteien wurden die Fragen erörtert, ob die Verträge als im Bezirke des Allg. Preuß. Landrechtes oder des Rhein. Rechtes abgeschlossen zu betrachten und ob dieselben nach dem einen oder anderen Rechte als einheitliche Kauf- resp. Lieferungs-Verträge oder als Verträge gemischter Natur d. h. theils als Lieferungs- theils als Verdingungs-Verträge aufzufassen seien.

Durch Urtheil des Königl. Landgerichtes zu Köln vom 7. Dezember 1870 wurde die Klage abgewiesen, und die hiergegen eingelegte Berufung des Phönix durch nachstehendes Urtheil verworfen.

Urtheil.

In Erwägung, daß den fraglichen Verträgen nicht die Auslegung zu geben ist, daß Appellantin dadurch die zur Herstellung einer Quantität Eisenbahnschienen und anderer Eisenbahn-Materialien nöthigen Arbeiten und dabei zugleich die Lieferung des dazu erforderlichen Rohmaterials übernommen habe, so daß dieselben zwei verschiedene Geschäfte im Sinne der Nr. 1 des Stempeltarifs enthalten;

Daß dieselben vielmehr nur als Lieferungsverträge aufzu-

Digitized by Google

faſſen ſind, indem Appellantin ſich dadurch zur Lieferung einer beſtimmten Quantität Eiſenbahnſchienen und anderer Eiſenbahn-Materialien gegen einen feſtgeſetzten Preis verpflichtet hat, und in den über die Anfertigung getroffenen Beſtimmungen, welche in den den Verträgen angehefteten ſpeciellen und allgemeinen Bedingungen enthalten ſind, nur eine nähere Feſtſtellung der Qualität der zu liefernden Gegenſtände gefunden werden kann;

Daß es für die rechtliche Beurtheilung dieſer Verträge nicht darauf ankommen kann, ob dieſelben zu Laer oder zu Elberfeld, unter der Herrſchaft des Allg. Landrechtes oder des B. G.-B. abgeſchloſſen ſind, da ſie Handelsgeſchäfte zum Gegenſtande haben, für welche die Beſtimmungen des H. G.-B. maßgebend ſind;

Daß aber nach §. 338 dieſes G.-B. ein Handelsgeſchäft, deſſen Gegenſtand in der Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen gegen einen beſtimmten Preis beſteht, nach den Beſtimmungen über den Kauf zu beurtheilen iſt;

Daß Eiſenbahnſchienen und ſonſtige Eiſenbahn-Materialien, wie ſie Appellantin gegen einen beſtimmten Preis in großer Menge zu liefern übernommen hat, zu den vertretbaren Sachen im Sinne des bezogenen §. des H. G.-B. zu rechnen ſind, indem anzunehmen iſt, daß ſie bei der Lieferung, wenn auch ihre Qualität in den Verträgen genau beſtimmt war, nicht als individuell beſtimmte Sachen, ſondern, falls ſie der ausbedungenen Qualität entſprechen, nur der Gattung, der Menge und dem Gewichte nach in Betracht kommen, wie dieſelben denn auch nach der Beſtimmung der Verträge nach dem Gewichte bezahlt werden;

Daß demnach die fraglichen Verträge den Kaufverträgen gleichzuſtellen ſind, und dazu der für letztere beſtimmte Stempel zu verwenden war, indem die Beſtimmung der Allerhöchſten Cabinets-Ordre vom 30. April 1847 auf dieſe Verträge keine Anwendung findet, weil unter den im kaufmänniſchen Verkehr abgeſchloſſenen Kauf- und Lieferungs-Verträgen über bewegliche Gegenſtände, welche nur einem Stempel von 15 Sgr. unterliegen, nur die Käufe und Lieferungen zum Zwecke des Wiederverkaufs und nicht auch ſolche zu verſtehen ſind, welche zum eigenen Gebrauch oder zur eigenen Verwendung geſchloſſen werden;

Digitized by Google

Aus dieſen Gründen

verwirft der Hof die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 7. Dezember 1870 eingelegte Berufung.

III. Senat. Sitzung vom 26. November 1871.

Advokaten: Eſſer I. — Vagedes.

Communal-Forſtbeamten. — Penſion. — Berechnung der Dienſtzeit.

Die von den Gemeinden der Rhein-Provinz ihren Forſtbeamten zu gewährende Penſion iſt nur nach Maaßgabe der Dienſtzeit, welche der Forſtbeamte in der zur Penſionsleiſtung verpflichteten Gemeinde, nicht auch nach Maaßgabe der Dienſtzeit, welche derſelbe früher in andern Gemeinden geſtanden hat, zu berechnen.

Gemeinde Altrich — Sponheimer.

Der Communal-Förſter Adam Sponheimer ſchied am 31. October 1866 aus ſeinem Dienſtverhältniſſe in der Gemeinde Altrich mit Anſpruch auf die Hälfte der ihm reglementsmäßig zuſtehenden Penſion aus. Die Königl. Regierung in Trier ſetzte die Penſion mit Rückſicht nach der Zeit feſt, welche der Sponheimer im Dienſte der Gemeinde Altrich geſtanden hatte und ließ die vorhergehende Forſt-Dienſtzeit deſſelben von 1841 bis 1861 in andern Gemeinden unberückſichtigt. Sponheimer klagte darauf gegen die Gemeinde Altrich bei dem Königl. Landgerichte zu Trier auf Zahlung einer Penſion, welche er nach der ganzen Zeit, welche er ſeit 1841 bei verſchiedenen Gemeinden im Forſtdienſte geſtanden hatte, berechnete.

Durch Urtheil vom 2. Juni 1869 erkannte das Königl. Landgericht der Klage gemäß. Auf die Berufung der Gemeinde erließ der Hof folgendes reformatoriſche

Urtheil.

In E., daß die Parteien nur darüber ſtreiten, ob bei Abmeſſung der Penſion, welche die appellantiſchen Gemeinden dem Appellaten, als ihrem mit Beſoldung und auf Lebenszeit angeſtellt geweſenen Forſtbeamten in Gemäßheit des Geſetzes vom 11. September 1865 ſo wie des §. 8 der mit Königl. Sanction von dem Ober-Präſidenten der Rhein-

Digitized by Google

Provinz für die Gemeinden und Instituten-Waldungen der Regierungsbezirke Trier und Koblenz am 31. August 1839 erlassenen Instruction zu gewähren haben, nur die von dem Appellaten im Dienste der Appellanten zugebrachte Amtszeit, oder ob außer dieser Zeit auch noch diejenige Dienstzeit, während welcher Appellat in Diensten anderer Gemeinden gestanden hat, in Anrechnung zu bringen sei.

J. E., daß die Gemeinde-Forstbeamten der Rhein-Provinz zufolge §. 1 jenes Gesetzes die Pension von den Gemeinden der Provinz nach den bei den unmittelbaren Staatsbeamten zur Anwendung kommenden Grundsätzen, wie solche durch das Pensions-Reglement für die Civil-Staatsdiener vom 30 April 1825 festgestellt sind, zu beanspruchen berechtigt sind;

Daß der Staat nach §. 10 dieses Reglements im Falle des Eintritts der Dienstunfähigkeit eines Beamten nur die Verpflichtung hat, diesem eine Pension für diejenigen Jahre, welche derselbe in seinem unmittelbaren Dienste wirklich zugebracht hat, zu leisten;

Daß dagegen dem Staate eine Verpflichtung zur Gewährung einer Pension bezüglich derjenigen Jahre, während welcher der Beamte im mittelbaren Staatsdienste oder im Dienste Dritter fungirt hat, nicht obliegt;

Daß wenn aber die Pensionslast des Staates, entsprechend der Natur des zwischen ihm und seinen unmittelbaren Staatsbeamten bestehenden Rechts- und Dienstverhältnisses, nur auf die ihm wirklich geleisteten Dienste sich erstreckt, die von den Gemeinden der Rhein-Provinz ihren Forstbeamten nach den Grundsätzen des Pensions-Reglements zu gewährenden Pension auch auf die von dem Forstbeamten im Dienste der Gemeinde zugebrachte Dienstzeit zu beschränken ist und nicht auf die Dienstzeit des Beamten im unmittelbaren Staatsdienste oder im Dienste einer andern Gemeinde ausgedehnt werden darf;

Daß das gedachte Gesetz, in seinem Zusammenhange aufgefaßt, für die Annahme, daß die pensionirende Gemeinde, obgleich auf Grund des zwischen ihr und ihren Beamten bestehenden Dienstverhältnisses nur zur Vergeltung von ihr geleisteten Dienste verbunden, gleichwohl zur Gewährung einer Pension rücksichtlich von Diensten, die nicht ihr, sondern Dritten zu Gute gekommen sind, verpflichtet sein solle, Anhaltspunkte nicht darbietet, und ebenwenig aus dem Gesetze die Absicht

Digitized by Google

zu entnehmen ist, den Gemeinde-Forstbeamten größere, als die den unmittelbaren Staatsbeamten durch das Pensions-Reglement zugesicherten Vortheile einzuräumen oder ein Verhältniß zwischen den Gemeinden der Rhein-Provinz oder eines bestimmten Bezirks derselben zu schaffen, vermöge dessen diejenige Gemeinde dieses Bezirks, in deren Diensten der Forstbeamte dienstunfähig wird, auch für die frühere Dienstzeit des Beamten in andern Gemeinden des Bezirks aufzukommen gehalten sei;

Daß unter den in dem erwähnten Gesetze angegebenen Voraussetzungen durch §. 59 der Städte-Ordnung für die Rhein-Provinz vom 15. Mai 1856 auch allen auf Lebenszeit angestellten besoldeten Communal-Beamten derjenigen Gemeinden, in welchen die Städte-Ordnung gilt, gegen die Gemeinde, in welcher die Beamten zuletzt fungirt haben und in der sie dienstunfähig geworden sind, die Pensionsberechtigung verliehen worden ist, und die legislatorischen Verhandlungen, welche dem §. 59 l. c. so wie den bezüglichen Bestimmungen des §. 65 der Städte-Ordnung und der §§. 72 und 44 der Landgemeinde-Ordnung für Westphalen vom 19. März 1856 vorhergegangen sind, in keiner Weise die Annahme rechtfertigen, daß diesen verschiedenen, fast gleichlautenden Bestimmungen über den Pensions-Anspruch der Communal-Beamten die Absicht zum Grunde liege, der pensionirenden Gemeinde die Verpflichtung aufzuerlegen, bei Berechnung der Dienstdauer des in ihren Diensten dienstunfähig gewordenen Beamten auch die von diesem im Dienste anderer Gemeinden zugebrachten Jahre sich anrechnen zu lassen;

Daß endlich der Hinweis des Appellaten, auf den im §. 14 des Pensions-Reglements ausgesprochenen Zweck der Pension, den nothwendigen Unterhalt des Beamten zu sichern, ohne rechtliche Bedeutung und um so weniger geeignet ist, eine den Appellanten nicht obliegende Verbindlichkeit zu begründen, als es Sache des Appellaten gewesen wäre, vor seinem Uebertritt in die Dienste der Appellanten mit diesen zum Zwecke der Erhöhung seiner reglementsmäßigen Pension ein besonderes Abkommen, wie solches das Gesetz ausdrücklich gestattet, zu treffen;

Daß hiernach der erste Richter bei Berechnung des von den Appellanten dem Appellaten zu leistenden Pensions-Quantums mit Unrecht auf diejenigen Dienstjahre, während

Digitized by Google

welcher derselbe als Forstbeamter in Diensten anderer Gemeinden fungirte, in Ansatz gebracht und der auf die Zulässigkeit der Anrechnung dieser Dienstjahre bei der Pension gestützten Klage Statt gegeben hat;

Aus diesen Gründen

weist der Appell.-Ger.-Hof, unter Reformation des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Trier vom 2. Juni 1869, die durch Ladung vom 25. Februar nämlichen Jahres eingeführte Klage ab.

I. Senat. Sitzung vom 29. November 1871.
Advokaten: Lautz — Herbertz.

Commandit-Gesellschaft. — Ausscheiden des einzig persönlich haftenden Gesellschafters. — Auflösung. — Wirkung gegen Dritte. — Eintragung in das Handels-Register.

Eine Commandit-Gesellschaft, welche nur einen einzigen persönlich haftenden Gesellschafter hat, löst sich auf, wenn dieser aufhört, verantwortlicher Gesellschafter zu sein.

Die Gesellschaft kann jedoch von Dritten, so lange diese Auflösung nicht nach außen in gehöriger Weise erklärt und veröffentlicht ist, in der Person ihres bisherigen Vertreters belangt werden.

Die Klage einzelner Commanditisten einer Gesellschaft gegen andere Commanditisten auf Eintragung der Commandit-Gesellschaft in das Handels-Register ist unstatthaft, wenn der verantwortliche Vertreter derselben nicht im Prozesse ist.

Hausmann u. Cons. — Löh u. Kühn.

Am 5. Mai 1870 kam in einer General-Versammlung der Gesellschafter der, am 10. März 1869 unter Firma Löh u. Comp. mit August Löh als einzig persönlich haftenden Gesellschafter errichteten, Commandit-Gesellschaft ein Beschluß zu Stande, Inhaltes dessen Löh erklärte, daß er bereit sei, sofort als verantwortlicher Vertreter der Gesellschaft zurück-

Digitized by Google

zu treten, und die Leitung der von derselben betriebenen Waschanstalt nieder zu legen; derselbe verpflichtet sich dabei fortan keinerlei Handlung als Leiter und Vertreter der Gesellschaft mehr vorzunehmen und sofort nach der desfalsigen Aufforderung seinen Austritt in dem Handelsregister zu erklären. Zugleich wurde verabredet, daß er als Commanditist mit 4000 Thlr. bei der Anstalt betheiligt bleiben solle, daß die dem Löh zustehenden Befugnisse in die Hände von Hausmann, Bernhard und Paul bisherigen Commanditisten und außerdem event. von Wemmers zu legen, welche befugt sein sollten, solche an die ihnen geeignet scheinenden Personen zu übergeben, bis ein anderer verantwortlicher Vertreter ernannt worden sei. Jedoch soll dieses Alles mit gegenseitiger Einwilligung geschehen.

Bei diesem Beschlusse concurrirte der Maurermeister Kühn, welcher für Bauten eine Restforderung von 1000 Thlr gegen die Gesellschaft beanspruchte, und gab die Erklärung ab, daß er mit dieser Forderung der neu zu bildenden Gesellschaft als Commanditist beitrete, welche Erklärung derselbe auch in einem Scheine vom 6. Mai wiederholte. Außerdem wurde verabredet, daß der Commanditist Classen-Kappelmann mit seiner Einlage von 1000 Thlr. ausscheiden und daß die Einlage des Commanditisten Paul von einem höheren Betrage auf 2000 Thlr. beschränkt sein solle.

Der in diesem Beschlusse genannte Wemmers war nicht Mit-Gesellschafter. In dieser Sachlage klagten bei dem hiesigen Handelsgerichte 1) die Commanditisten der Gesellschaft Löh u. Comp. gegen Löh u. Kühn, daß dieselben für schuldig erklärt würden mit den Klägern folgende Eintragungen in das Handels-Register zu nehmen:

I. Daß der Commanditist Classen-Kappelmann mit seiner Einlage von 1000 Thlr. ausgeschieden sei.

II. Daß die Einlage des Commanditisten Paul auf 2000 Thlr. beschränkt sei;

III. Den Rücktritt des Löh als Geranten der Gesellschaft.

IV. Die Gründung einer neuen Commandit-Gesellschaft unter der Firma Wemmers u. Comp., auf welche die Aktiva und Passiva der Gesellschaft Löh u. Comp. übergehen, mit Wemmers als persönlich haftenden Gesellschafter und den Klägern mit ihrer näher bezeichneten Einlage, sowie dem Löh mit 4000 Thlr. und dem Kühn mit 1000 Thlr. Einlage als Commanditisten.

Digitized by Google

2) Klagte Kühn bei dem Königl. Landgerichte hierselbst gegen die Firma Löh u. Comp. in der Person des Geranten August Löh, auf Zahlung der verlangten Restforderung von 1000 Thlr., welche er auf eine von Löh selbst aufgestellte Rechnung vom 1. April 1870 und auf einen Brief desselben vom 21. Februar 1871, worin dieser die Forderung anerkannte, stützte.

In diese Procedur am Landgerichte intervenirten die Commanditisten der Firma Löh u. Comp. Sie bestritten die Forderung des Kühn, die Beweiskraft der Anerkennung durch Löh und behaupteten, der Kühn müsse event. für seine Forderung Commanditär der Gesellschaft bleiben.

Durch Urtheil des Königl. Handelsgerichtes vom 17. Januar 1871 wurde die erste Klage abgewiesen, und durch Urtheil des Königl. Landgerichtes vom 21. Juni 1871 wurde die zweite Klage zugesprochen.

Die Commanditisten der Firma Löh u. Comp. haben von beiden Urtheilen Berufungen ergriffen, welche unter verschiedenen Nummern bei dem Königl. Appell.-Ger.-Hofe verhandelt wurden.

Die Appellanten haben in 2. Instanz zu der 1. Klage subsidiarisch beantragt: Daß der Hof die Eintragung der, durch den am 5. Mai erfolgten Rücktritt ihres einzig persönlich haftenden Gesellschafters August Löh bewirkten Auflösung der Commanditgesellschaft Löh u. Comp. in das Handels-Register gestatte;

Ferner subsidiarisch: Die Liquidation der Gesellschaft Löh u. Comp. zu verordnen und Liquidatoren hierzu zu ernennen.

Die Zulässigkeit dieser Anträge in zweiter Instanz wurde von dem Appellaten bestritten.

Der Hof erkannte in beiden Sachen durch nachstehendes Urtheil wie folgt:

Urtheil.

In E., daß durch Vertrag vom 10. März 1869 eine auch demnächst in das Handels-Register eingetragene Commandit-Gesellschaft mit der Firma Löh u. Comp. errichtet und als deren einzig persönlich haftender Gesellschafter August Löh bezeichnet ist und die Klage, in Ausführung von Beschlüssen, welche in den sog. General-Versammlungen vom 4., 5. und 6. Mai 1870 gefaßt sind, die Eintragung von verschiedenen

Digitized by Google

Veränderungen in das Handels-Register verlangt, welche in den Personen der Gesellschaft, wie in deren Einlagen, stattgefunden haben sollen;

J. E., daß das Handelsgesetzbuch als wesentlich und deßhalb vertraglich von den Parteien irgendwie nicht abzuändernde Bedingung zum Dasein der Commandit-Gesellschaft das Vorhandensein mindestens eines, die Gesellschaft nach außen und nach innen vertretenden persönlich haftenden Gesellschafters hingestellt hat, daher eine Commandit-Gesellschaft, ohne einen solchen Repräsentanten ihrer selbst, nicht zur rechtlichen Existenz gelangen kann und die betreffende Commandit-Gesellschaft sich auflöst, wenn aus irgend einem Grunde ihr einziger verantwortlicher Gesellschafter dies zu sein aufhört, was denn auch von den Schriftstellern als selbstverständlich aus Art. 150 des H. G.-B. folgend anerkannt ist, so wie bei der Abfassung des H. G.-B. allseitig für unzweifelhaft erklärt ist (Protocolle 1123, 1128.);

Daß die entgegengesetzte Auffassung, welche sich bei den Appellanten kund gibt, auf der Verwechselung einer Commandit-Gesellschaft und der Gesammtheit der Commanditisten bei einer solchen mit einer Aktien-Gesellschaft beruht, welche letztere während ihres Bestehens ihren Vorstand und Vertreter entlassen, wechseln, und durch einen Andern ersetzen kann.

J. E., daß nun aber nach der Behauptung der Appellanten und ausweise des Protocolls vom 5. Mai 1870 an diesem Tage August Löh als verantwortlicher Vertreter der Gesellschaft durch Uebereinkunft zurückgetreten ist, somit von da ab die ganze Gesellschaft Löh u. Comp. als in sich hinfällig geworden betrachtet werden muß, zumal, da auch wirklich August Löh seitdem die Geschäftsführung nicht mehr besorgte, das Geschäft vielmehr, von einem zu dem Ende gewählten Consortium resp. durch einen von diesem weiter Beauftragten geführt worden ist;

Daß demnach und ohne daß es auf die in anderer Beziehung jenem Protocolle anklebenden formellen und materiellen Mängel weiter ankommen kann, die Klage soweit sie in ihren petitis sub I. und II. auf die aufgelöste Gesellschaft von Löh u. Comp. sich bezieht, als zweck- und gegenstandslos sich darstellt, unbeschadet jedoch des Rechts der Parteien, ihre gegenseitigen Ansprüche im Auseinandersetzungs-Verfahren geltend zu machen;

Digitized by Google

Daß dem petito sub III der Klage von August Löh, früher so wie jetzt, nachgegeben ist;

Daß, da das zugegebenermaßen erfolgte sogenannte Ausscheiden des verantwortlichen Geranten als solcher aus der Gesellschaft eine Auflösung dieser Gesellschaft war, der Subsidiar-Antrag der Appellanten, soweit er auf diese Auflösung sich bezieht, wenngleich formell erst in dieser Instanz genommen, für ebenso statthaft wie für begründet zu erachten ist;

Daß dagegen dem Petito der Klage sub IV. die Eintragung einer neuen Gesellschaft Wemmers u. Comp. betreffend, schon um deßwillen nicht stattgegeben werden kann, weil es an dem Beweise der Constituirung dieser neuen Gesellschaft gänzlich fehlt und weil der angebliche persönlich verantwortliche Vertreter derselben, Wemmers nicht im Prozesse ist;

Daß demzufolge auch die Frage, ob der Appellat Kühn Commanditist der neuen Gesellschaft Wemmers u. Comp. geworden, was er bestreitet, hier nicht weiter untersucht und entschieden werden kann;

Daß für das gegenwärtig in dem Subsidiar-Antrage der Appellanten sub IV. aufgestellte Begehren, wenigstens die Aufnahme des Kühn als Commanditist der Gesellschaft Löh u. Comp. zu verfügen, das oben ad petita I. und II. Gesagte gilt, und die demselben zu Grunde liegende Behauptung einer erklärten Betheiligung des Kühn an dieser Gesellschaft Löh u. Comp. selbst hinfällig erscheint, indem diejenigen Erklärungen des Kühn, auf welche man in dieser Beziehung sich beruft, in demselben Protocolle vom 5. Mai 1870 enthalten sind, in welchem auch die durch den Rücktritt des August Löh erfolgte Auflösung der Gesellschaft vorher constatirt worden ist, so daß weder von einer Absicht des Erklärenden, an dieser nunmehr aufgelösten Gesellschaft sich zu betheiligen, noch von dem wirklichen Eintritte desselben in die letztere die Rede sein kann;

Daß dem Antrage in Betreff der Liquidation der Gesellschaft Löh u. Comp. und auf Normen für dieselbe, insbesondere auf Bestimmung der Liquidatoren, da er sowohl materiell als formell erst in dieser Instanz genommen ist, mit Recht die Einrede der Unstatthaftigkeit entgegengesetzt ist, — alle weiteren Anträge der Partei Franken auf Schadensersatz wegen unterlassener oder verzögerter Eintragung in das Handels-Register

Digitized by Google

aber theils als nach dem Vorgesagten erledigt, theils als unbegründet zu erklären sind, indem eine Aufforderung dazu an den August Löh, wie sie vertraglich vorgesehen war, vor Anstrengung des gegenwärtigen Processes niemals ergangen ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-Ger.-Hof die Berufung von dem Urtheile des Königl. Handelsgerichts zu Köln vom 17. Mai 1871 mit der Maßgabe jedoch, daß er die Eintragung der durch den am 5. Mai 1870 erfolgten Rücktritt ihres einzigen persönlich haftenden Gesellschafters August Löh, bewirkten Auflösung der Commandit-Gesellschaft Löh u. Comp. in das Handels-Register verordnet; weist den Antrag in Betreff der Liquidation dieser Gesellschaft und auf Ernennung von Liquidatoren als in dieser Instanz unstatthaft zurück; verurtheilt die Appellanten in die Kosten auch dieser Instanz.

I. Senat. Sitzung vom 18. Dezember 1871.

Advokaten: Franken — Wallraf, Pheifer.

II.

J. E., daß die eingeklagte Forderung des Appellaten für Mauerarbeiten, welche er der appellantischen Gesellschaft Löh u. Comp. geliefert hat, durch die schon am 1. April 1870 von dem gesetzlichen Vertreter der letztern, August Löh aufgestellte Rechnung, in Verbindung mit dem spätern Schreiben desselben vom 21. Februar 1871 und dem von dem Anwalte der Verklagten in erster Instanz im Antrage vom 20. Mai 1871 abgegebenen Zugeständnisse, genügend dargethan ist, und es weiterer Beweise darüber nicht bedarf;

Daß zwar die Gesellschaft Löh u. Comp. durch den am 5. Mai 1870 erfolgten Rücktritt ihres einzigen persönlich haftenden socius August Löh in sich für aufgelöst zu erachten, dieselbe jedoch von Dritten, so lange diese Auflösung nicht nach außen in gehöriger Weise erklärt und veröffentlicht, und die Vertretung der Gesellschaft durch Liquidatoren festgestellt war, wegen Forderungen gegen die Gesellschaft, in der Person des bisherigen Vertreters belangt werden konnte;

Daß, wenn die Appellantin und mit ihr die in dieser Instanz aufgetretenen Intervenienten einwenden, daß Appellat sich verpflichtet habe, seine Forderung bei der Gesellschaft Löh u. Comp. als Commandit-Antheil stehen zu lassen, sie hiefür sich nur auf den Inhalt des Protocolls vom 5. Mai

Digitized by Google

1870 beziehen können, die hier wiedergegebene angebliche Aeußerung des Kühn aber im untrennbaren Zusammenhange mit der darin ebenfalls durch den zuvor erklärten Rücktritt des August Löh constatirten Auflösung der Gesellschaft steht und von einer beabsichtigten Betheiligung des Erklärenden an einer rechtlich nicht mehr existirenden Gesellschaft nicht die Rede sein kann;

Daß vielmehr die in dem Protocoll vom 5. Mai 1870 enthaltene und in dem Scheine vom 6. Mai 1870 nochmals abgegebene Erklärung des Appellaten Kühn, wenn man von deren sonstigen formellen und materiellen Mängeln absieht, nothwendig nur auf die damals von den Parteien intendirte neu zu constituirende Commandit-Gesellschaft, für welche ein persönlich haftender Vertreter noch nicht gefunden und angenommen war, bezogen werden kann, in diesem Falle aber das Versprechen des Appellaten von einer Potestativ-Bedingung abhängig gemacht erscheint, insofern die Wahl des neuen Vertreters nur mit allseitiger Genehmigung, also auch mit der des Appellaten, sollte erfolgen können, wonach das Zustandekommen der neuen Gesellschaft von seinem Willen abhing;

Daß nun auch der Zusammentritt einer solchen neuen Gesellschaft nicht dargethan ist, daß somit das Eintreten der Verhältnisse und Bedingungen nicht nachgewiesen ist, unter denen nach der gegen den Appellanten geltend gemachten Uebereinkunft die Aenderung an der Forderung desselben erfolgen sollte;

Daß diesemnach die angegriffene Entscheidung ebenso begründet, wie die erhobene Intervention ungerechtfertigt erscheint, zumal da in letzterer Beziehung die von den Intervenienten aufgestellte Behauptung einer zwischen August Löh und dem Appellaten Kühn stattgehabten Collusion, sowohl hinsichtlich des Bestehens der Forderung als deren Geltendmachung jedes Anhalts und Beweises entbehrt;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof — unter Abweisung der erhobenen Intervention und Verurtheilung der Intervenienten in die Kosten derselben, — die Berufung von dem Urtheile des Königl. Landgerichts zu Köln vom 21. Juni 1871 mit Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 18. Dezember 1871.

Advokaten: Franken — Pheifer.

Digitized by Google

Katholische Kirchenfabrik — Gesetzliche Hypothek. — Kirchen-Rechner.

Die katholischen Kirchenfabriken sind établissements publics im Sinne des Art. 2121 des B. G.-B. und steht denselben die gesetzliche Hypothek gegen den Kirchen-Rechner zu.

Kath. Kirchenfabrik zu Antweiler — Königl. Regierung zu Koblenz.

Der Hof hat den vorstehenden Satz unter Reformation eines Urtheils des Königl. Landgerichtes zu Coblenz vom 7. Mai 1870, welches die gegentheilige Ansicht ausgesprochen hatte, in folgendem entschieden:

Urtheil.

J. E., daß wenn die in neuerer Zeit oft verfochtene und von dem ersten Richter im Wesentlichen adoptirte Auffassung des Instituts der Rheinischen Kirchenfabrik als einer rein kirchlichen Anstalt und der Tragweite des Art. 19 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 geeignet erscheint, für die Kirchenfabrik in gleicher Weise wie das Erforderniß der staatlichen Autorisation zur Prozeßführung so auch überhaupt die Eigenschaft eines établissement public im Sinne des Art. 2121 des B. G.-B. zu läugnen, womit dann auch der Anspruch auf die gesetzliche Hypothek gegen den Kirchenrechner wegfallen würde, diese Auffassung durch mehrere Entscheidungen des Ober-Tribunals, welche jetzt zu feststehender Rechtssprechung in diesem Punkt geführt haben, reprobirt und durch die in denselben entwickelten Gründe widerlegt ist, welche aus der Organisation der Kirchenfabriken, dem Inhalt des Kirchenfabrik-Decrets und den gesetzlichen Bestimmungen über die Mittel zu den Cultuszwecken darthun, daß die Vermögensverwaltung, zu welcher die Kirchenfabriken bestellt sind, gemäß den geltenden Gesetzen eine den Kirchen, den Gemeinden und dem Staat gemeinschaftliche Angelegenheit ist, und die Kirchenfabriken nicht rein kirchliche, sondern zugleich staatliche Institute zu öffentlichen Zwecken darstellen, sonach zu den établissement publics im engeren und prägnanten Sinne gehören, die in Art. 2121 des B. G.-B. neben dem Staat und den Gemeinden aufgeführt sind, wie dann auch in gegenwärtiger Instanz die Appellantin die

Digitized by Google

bis dahin fehlende Autorisation zur Prozeßführung von der Regierung, in statthafter Weise nachträglich gefordert und erhalten hat;

J. E., daß auch, um diese Ansicht in Bezug auf den Ausdruck établissements publics noch zu bestärken, die Appellantin sich mit Recht auf die französische Gesetzessprache beruft, wie sie sich unter Anderm in dem Decret vom 23. Juni 1805 kund gibt, in welchem bei Erlaß von staatlichen Vorschriften über die Register und Urkunden der Gemeinden und établissements publics, die Kirchenfabriken ausdrücklich unter diesen letzteren aufgeführt sind;

J. E., daß gegen die fragliche gesetzliche Hypothek der Kirchenfabriken daraus nicht hergeleitet werden kann, daß das Decret vom 30. Dezember 1809 neben dem Art. 90 über die von der Staatsanwaltschaft auch von Amtswegen zu bewirkende Verfolgung der säumigen Kirchenrechner und neben den sonstigen den staatlichen Charakter des Instituts bezeichnenden Bestimmungen nicht auch eine gesetzliche Hypothek der Fabrik aufführt, da es bei Erlaß des Decrets wegen des Bestehens eines modifizirten Hypothekenrechts einer Wiederholung der in demselben durch Art. 2121 des B. G.-B. gewährten gesetzlichen Hypothek gegen den Rechner nicht bedurfte;

I. Senat. Sitzung vom 20. Dezember 1871.
Advokaten: Pheifer — Lautz.

Collokation. — Berufung. — Nichtigkeit. — Privilegium und Hypothek der Miterben — Rang sous-ordre.

Ein Berufungs-Akt im Collokations-Verfahren wird durch unterlassene Angabe der Beschwerden nicht nichtig.*)

Nach der Licitation eines gemeinschaftlichen Immobilars ist ein Miterbe berechtigt, auf dasselbe nicht bloß für seinen Viril-Antheil am Kaufpreise, sondern für den ganzen Kaufpreis zur Sicherung Alles dessen, was ihm in Folge späterer

*) Feststehende Jurisprudenz des Hofes.

Digitized by Google

Theilung zukommen wird, innerhalb 60 Tagen vom Tage der Licitation das Privilegium des Art. 2103, und nach Ablauf derselben eine Hypothek mit dem Range vom Tage der Eintragung inscribiren zu lassen.

Er wird dieses Rechtes nicht dadurch verlustig, daß er zunächst nur für seinen Viril-Antheil eine Inscription genommen hat.

Die auf Grund der späteren Theilung genommene Inscription wirkt gegen den Drittbesitzer, welcher das Immobile von dem Ansteigerer der Licitation erworben, seinen Erwerbtitel aber nicht hat transscribiren lassen, auch dann, wenn die Theilung und Inscription erst nach dem Erwerb desselben stattgefunden hat.

Dem Gläubiger eines Subhastaten ist die Conservirung früher erworbener Rechte auf das mit Beschlag belegte Immobile bis zum Zuschlage nicht untersagt, und daher die Wirksamkeit der vorerwähnten Eintragung nicht dadurch aufgehoben, daß sie erst im Laufe des Subhastations-Verfahrens genommen ist.

Von einem Sous-ordre nach Art. 778 der B. P.-O. kann nur dann die Rede sein, wenn die Gläubiger eines Hypothekar-Gläubigers dasjenige zur Vertheilung unter sich beanspruchen, wofür ohne ihre Dazwischenkunft ihr Schuldner Anweisung erhalten würde.

Isaac u. Conf. — Becker.

Die 6 Kinder Ames, darunter die Ehefrau Borg, licitirten am 3. Dez. 1833 ein Haus aus dem Nachlasse ihres verstorbenen Vaters, und wurde dasselbe von Zweien derselben Peter und Heinrich Ames für 900 Thlr. angesteigert. Die Ehefrau Borg cedirte unter Assistenz ihres Ehemannes ihren $^1/_6$ Antheil an dem fraglichen Nachlasse an Isaac u. Conf. Dieser nahm auf Grund jener Licitation am 30. Juni 1843 gegen Peter und Heinrich Ames Inscription auf das qu. Haus für $^1/_6$ des Steigpreises im Betrage von 151 Thlr. 20 Sgr. nebst Zinsen, und erneuerte dasselbe am 17. Mai 1853 und 13. Mai 1863.

Digitized by Google

Am 20. Juli 1843 ließ Peter Ames allein das Haus öffentlich versteigern, und wurde Becker hierbei für 750 Thlr. Ansteigerer. Derselbe transcribirte seinen Erwerbtitel nicht.

Demnächst klagten Eheleute Borg und der Cessionair Isaac u. Cons. gegen die übrigen Erben Ames auf Theilung des väterlichen Nachlasses. Die Schlußliquidation desselben fand am 5. April 1850 vor Notar statt, und wurde hierbei dem Isaac u. Cons. qua. qua. auf den von Peter und Heinrich Ames geschuldeten Kaufpreis aus der Licitation vom 3. Dezember 1833 Anweisung gegen jeden der beiden auf 168 Thlr. 21 Sgr. 7 Pfg. im Ganzen auf 337 Thlr. 13 Sgr. 2 Pfg. ertheilt.

Im Jahre 1861 leiteten Isaac u. Cons. gegen Peter und Heinrich Ames, als Schuldner und gegen Becker als Drittbesitzer die Subhastation des Hauses ein, und erfolgte die Adjudikation am 4. Dezember 1863 an den Becker selbst. Inzwischen hatte Isaac u. Cons. am 10. September 1863 eine neue Inscription gegen Peter und Heinrich Ames auf Grund der Licitation vom 3. Dezember 1833 und der Schlußliquidation vom 5. April 1850 zur Sicherheit einer Hauptsumme von 337 Thlr. 13 Sgr. genommen.

In dem darauf folgenden Collokations-Verfahren producirte Isaac u. Cons. auf Grund dieser letzteren Inscription

1) gegen Peter Ames . . . . Thlr. 168,, 21,, 7
2) gegen die Erben des inzwischen verstorbenen Heinrich Ames . . . . Thlr. 168,, 21,, 7

in Summa: Thlr. 337,, 13,, 2

Ferner producirte Emanuel Haas, welchem Peter Ames den Betrag von 206 Thlr. 13 Sgr. 1. Pfg., der ihm auf Erben Heinrich Ames in der Schlußliquidation angewiesen worden war, cedirt hatte, diesen Betrag mit dem Antrage ihn im Sous-ordre auf das Ganze anzuweisen, was den Erben Heinrich Ames herausfallen möge.

In dem provisorischen Status wurden Isaac u. Cons. nur für 151 Thlr. 20 Sgr. locirt, die Produktion des Haas zurückgewiesen. Die Opposition beider hiergegen wurde durch Urtheil des Königl. Landgerichtes zu Trier vom 23. Juni 1870 verworfen.

Auf die Berufung beider Parteien erkannte der Hof wie folgt:

Digitized by Google

Urtheil.

J. E., auf die Berufung von Isaac u. Conf., daß die unterlassene Angabe der Beschwerden im Berufungsakte durch Art. 763 der B. P.-O. nicht bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist und nach feststehender Jurisprudenz nachgeholt werden kann; daß auch die Legitimation der Appellanten Mangels Vorlage der Cessions-Verträge mit Unrecht bestritten wird, da sie im Theilungsverfahren der Erben Ames auf Grund dieser Verträge als Kläger aufgetreten und allerseits als berechtigt anerkannt worden sind;

Daß, zur Sache selbst, die Ehefrau Borg nach der Licitation vom 3. Dez., welche der ungetheilten Gemeinschaft an dem zum Nachlasse ihres Vaters gehörigen Hause ein Ende machte, gemäß Art. 2103 Nro. 3 und 2109 des B. G.-B. befugt war, nicht bloß für ihr $^1/_6$ am Kaufpreise sondern für den ganzen Kaufpreis zur Sicherung alles dessen, was ihr in Folge späterer Theilungs-Liquidation davon zukommen würde, innerhalb 60 Tagen nach dieser Licitation gegen die beiden ansteigernden Miterben eine privilegirte Eintragung zu nehmen; daß sie resp. ihre Cessionare, nachdem sie die Frist zur privilegirten Eintragung versäumt und inzwischen durch die Liquidation vom 5. April 1850 für die ihr gebührende Herausgabe mit 337 Thlr. 13. Sgr. 2 Pfg. auf die Ansteigerer Anweisung erhalten hatten, ebenso nach Art. 2113 ibid. befugt waren, für diesen Betrag eine Hypothekar-Inscription mit dem Range vom Tage der Eintragung zu nehmen; daß diese am 15. September 1863 genommene Eintragung auch noch mit Wirkung gegen den Drittbesitzer, den Appellaten Becker nach Art. 834 der B. P.-O. geschehen konnte, weil er die Transcription seines Erwerbtitels vom 20. Juli 1843 versäumt hat, und deßhalb zufolge Art. 2180 des B. G.-B. Hypothekenfreiheit nicht durch Ersitzung erworben hat; daß auch der Einwand, es sei diese Eintragung, in soweit sie für mehr als das ursprüngliche $^1/_6$ am Kaufpreise genommen worden, nach dem cit. Art. 834 unstatthaft, unbegründet erscheint, weil, wie schon erwähnt, es sich von einer im Augenblicke der Licitation vom 3. Dezember 1833 entstandenen, wenn auch der Summe nach in Folge späterer Liquidation zu modificirenden, den ganzen Kaufpreis umfassenden Forderung handelt, und der Titel, auf welchem die Inscription wesentlich beruht, die

Digitized by Google

Licitation, nicht erst der spätere Theilungsakt ist, daß dieser Eintragung ihre Wirksamkeit auch deßhalb nicht abgesprochen werden kann, weil sie erst im Laufe des Subhastationsverfahrens genommen worden ist, da das Gesetz wohl dem Subhastaten nach Zustellung und Transcription der Beschlagnahme die Disposition über das fragliche Immobel, nicht aber seinen Gläubigern die Conservirung früher erworbener Rechte untersagt hat und die Eintragung immerhin vor dem, am 4. Dezember 1863 erfolgten Zuschlage geschehen ist; daß endlich auch aus dem Umstande, daß die Appellanten ihre früheren Eintragungen nur für das ihren Cedenten zustehende 1/6 am Kaufpreise mit 151 Thlr. 20 Sgr. genommen haben, ein Verzicht auf die Mehrforderung, wie solche sich durch die Liquidation herausgestellt hat, nicht gefolgert werden kann, so daß der spätern Vervollständigung der Summe um so weniger ein Hinderniß entgegen stand, als Inscriptionen anderer Gläubiger zwischen den frühern Eintragungen und der vom 12. September 1863 nicht existirten;

Daß hiernach also die Berufung in Betreff der 1. Contestation gerechtfertigt;

J. E., auf die Berufung des Haas, daß das Verlangen des Appellanten auf Anweisung en sous-ordre vom Richter mit Recht zurückgewiesen worden ist, da von einem sous-ordre nach Art. 778 der B. P.-O. nur dann die Rede sein kann, wenn die Gläubiger eines Hypothekar-Gläubigers dasjenige zur Vertheilung unter sich beanspruchen, wofür ohne ihre Dazwischenkunft ihr Schuldner Anweisung erhalten würde, untergebens aber Appellant nicht den, einem Hypothekargläubiger sondern den, einem Mitsubhastaten nach Befriedigung der Hypothekar-Gläubiger vermeintlich zufallenden Antheil am Steigerlös verlangt; daß dieses Verlangen aber auch deßhalb unbegründet erscheint, weil der etwaige Rest dem subhastirten Drittbesitzer gehört, der seinen Kaufpreis bezahlt und die dem Heinrich Ames etwa zugehörig gewesene Hälfte des Hauses längst durch die zehnjährige Ersitzung erworben hat und Unterbrechungen der Ersitzung nicht behauptet worden sind; daß diese Berufung daher zu verwerfen ist;

Aus diesen Gründen

reformirt der Hof das Urtheil des Königl. Landgerichtes zu

Digitized by Google

Trier vom 23. Juni 1870 auf die Berufung von Isaac u. Consf. dahin, daß unter Abänderung des provis. Status vom 10. August 1869 den Appellanten sub I. und II. Anweisung ertheilt werde für eine Hauptsumme von 337 Thlr. 13 Sgr. 2 Pfg. mit Zinsen seit dem 27 Februar 1856; und verwirft die Haupt-Berufung des Haas.

I. Senat. Sitzung vom 20. Dezember 1871.
Advokaten: Lautz — Esser I.

Ehescheidung. — Nichtigkeit. — Attest des Landgerichts-Präsidenten. — Vorladung vor den Civilstands-Beamten.

Das von dem Landgerichts-Präsidenten in Ausübung der ihm durch Minist.-Verordnung vom 25. Juni 1826 übertragenen Funktionen ausgestellte Attest ist für die Frage, ob und in wiefern die Anfechtung einer ausgesprochenen Ehescheidung statthaft ist, ohne Bedeutung.

Die nicht gehörige Vorladung des durch rechtskräftiges Urtheil geschiedenen Ehegatten zu der innerhalb der Frist des Art. 294 u. ff. durch den Civilstands-Beamten ausgesprochenen Ehescheidung hat die Nichtigkeit der letztern nur alsdann zur Folge, wenn durch die mangelhafte Vorladung dem betreffenden Ehegatten die Geltendmachung einer begründeten materiellen Einrede gegen die Vollziehung des Scheidungs-Urtheils abgeschnitten ist.

v. Glöden — v. Eickstädt.

Durch Urtheil des Königl. Landgerichtes zu Köln vom 20. November 1867 wurde die Ehescheidung zwischen v. Glöden und Clara Eickstädt auf Anstehen der letztern erkannt, und wurde dieselbe dem erstern als zu Gendringen im Königreich der Niederlande wohnhaft zugestellt. Nachdem dasselbe rechtskräftig geworden, ließ Clara Eickstädt den v. Glöden, als mit unbekanntem Wohn- und Aufenthaltsort vor den Landgerichts-Präsidenten zu Köln zur Ertheilung des Vollzugs-Attestes nach Vorschrift der Ministerial-Verordnung vom 25. Juni 1826, und demnächst,

Digitized by Google

nachdem der Präsident das Attest ertheilt hatte, in derselben Weise vor den Civilstands-Beamten vorladen, welcher demnächst die Ehescheidung aussprach, ohne daß der Vorgeladene weder bei dem Präsidenten noch dem Civilstands-Beamten erschienen war. Dieses geschah innerhalb der zweimonatlichen Frist des Art. 266 u. ff. des B. G.-B.

Am 9. Juli 1869 klagte demnächst der v. Glöden gegen seine vorgenannte geschiedene Ehefrau bei dem Königl. Landgerichte zu Köln mit dem Antrage: Daß das Scheidungs-Urtheil vom 31. October 1867 Mangels rechtzeitiger Vollziehung nach Art. 266 des B. G.-B. für erloschen und die Verklagte für nicht befugt erklärt werde, dieses Urtheil geltend zu machen; daß dieselbe ferner verurtheilt werde, in die eheliche Wohnung nach Gendringen zurückzukehren. Diese Klage wurde darauf gestützt, daß die Vorladung vor den Präsidenten und Civilstands-Beamten nichtig sei, weil sie statt in dem der Verklagten bekannten Domizil des Klägers zu Gendringen zugestellt zu sein, einer Person mit angeblich unbekannten Wohnsitz und Aufenthaltsort zugestellt sei und Kläger hiervon erst lange Zeit nachher durch Zufall Kenntniß erhalten habe.

Durch Urtheil vom 14. Dezember 1870 hat das Königl. Landgericht die Klage abgewiesen und ist die Berufung des v. Glöden durch nachstehende Entscheidung des Hofes verworfen.

Urtheil.

In Erwägung der Einrede der Appellatin, daß gegen die Scheidung vom 7. April 1868, welche auf Grund des Vollzugs-Attestes des Landgerichts-Präsidenten ausgesprochen worden, ein Angriff nicht mehr zulässig sei;

Daß die Ministerial-Verordnung vom 25. Juni 1826, welche lediglich die Form und Ausführung der betreffenden gesetzlichen Vorschriften zu modifiziren bezweckte, an den Bestimmungen der Art. 264 und 265 des B. G.-B. nur das geändert hat, daß, wie es im Eingange derselben heißt, um die Abschließung anderweiter Ehen von noch nicht rechtskräftig geschiedenen Personen möglichst zu verhüten, die Verhandlungen und Untersuchungen, welche nach erfolgtem Scheidungs-Urtheil der von dem Civilstandsbeamten zu vollziehenden definitiven Scheidung vorhergehen müssen, künftig durch den Landgerichts-Präsidenten geschehen sollen;

Digitized by Google

Daß diese Verordnung, um eine bessere thatsächliche Garantie für die Rechtsgültigkeit der auszusprechenden Ehescheidung zu gewinnen, jenen Theil der dem Civilstands-Beamten bisher gesetzlich obliegenden Funktionen dem Landgerichts-Präsidenten überträgt, die Scheidung selbst aber und den bezüglich derselben bestehenden Rechtszustand nicht berührt;

Daß hiernach das von dem Landgerichts-Präsidenten in Ausübung der ihm übertragenen Funktion — nicht in seiner richterlichen Qualität zu ertheilende Vollzugs-Attest für die Frage, ob und in wiefern eine Anfechtung der ausgesprochenen Ehescheidung statthaft sei, ohne alle Bedeutung ist, daher auch das hier fragliche Attest der gegenwärtigen Klage nicht entgegensteht;

J. E., was sodann die Begründetheit derselben betrifft;

Daß unbestritten der Appellant in den beiden auf dem Parket zugestellten Ladungen zur Verhandlung vor dem Landgerichts-Präsidenten wie vor dem Civilstands-Beamten als „früher angeblich zu Gendringen in Holland wohnend, jetzt ohne bekannten Wohn- und Aufenthaltsort" bezeichnet worden, obwohl die Appellatin nach Allem, was vorliegt, namentlich auch nach den auf ihr eigenes Anstehen im Laufe der Ehescheidungs-Procedur gemachten Zustellungen wußte, daß derselbe an dem genannten Orte sein Domizil habe, und keinen genügenden Grund anführen kann, der die Qualifikation „jetzt ohne bekannten Wohn- und Aufenthalts-Ort" rechtfertige;

Daß dieser Umstand aber die Nichtigkeit der zwischen den Parteien ausgesprochenen Scheidung nicht nach sich zieht;

J. E., daß zufolge der vom Appellanten angerufenen Bestimmung des Art. 266 des B. G.-B. der klagende Ehegatte der Vortheile des von ihm erwirkten Scheidungs-Urtheils verlustig ist, wenn er die durch die beiden vorhergehenden Artikel vorgeschriebene zweimonatliche Frist hat verstreichen lassen, ohne die Gegenpartei Behufs Aussprechung der Ehescheidung vor den Civilstands-Beamten zu laden;

Daß der Gesetzgeber über diese Frist hinaus die Ungewißheit, ob Fortsetzung oder Trennung der Ehe eintrete, nicht fortbestehen lassen und dem Kläger die Befugniß, nach seinem Belieben das Eine oder Andere herbeizuführen, nicht weiter einräumen wollte;

Digitized by Google

Daß hieraus die Nichtigkeit der nach Ablauf der gesetzlichen Frist ausgesprochenen Ehescheidung folgt;

Daß aber, da die bezogene Gesetzesstelle, wie schon deren Fassung ergibt, den Hauptton auf die Innehaltung der Frist legt, aus derselben nicht auch mit dem Appellanten der fernere Satz gefolgert werden kann, daß eine innerhalb dieser Frist ausgesprochene Ehescheidung allein um deswillen nichtig sei, weil die vorgeschriebene auf Ansuchen des klagenden Ehegatten bewirkte Vorladung des anderen Theiles nicht in gehöriger Weise stattgefunden habe;

I. E., daß diese Vorladung, die übereinstimmend mit Art. 266 der Art. 264 des B. G.-B. verbis: l'autre partie dûment appelée, für den Termin vor dem Civilstands-Beamten, sowie die obenbezogene Verordnung des Art. 2 und 3 für die Verhandlung vor den Landgerichts-Präsidenten fordern, den in der letzteren ausgesprochenen Zweck hat, dem Vorgeladenen Gelegenheit zu geben, die ihm gegen die Vollziehung des Scheidungs-Urtheils etwa zustehenden Einwendungen vorzubringen, um so einer späteren Anfechtung der Ehescheidung möglichst zu begegnen;

Daß daher in dem Falle, wenn durch die Verletzung der angeführten gesetzlichen Bestimmungen dem verklagten Ehegatten die Geltendmachung eines begründeten materiellen Einrede-Rechtes abgeschnitten wäre, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen allerdings die Nichtigkeit der ausgesprochenen Ehescheidung angenommen werden müßte;

Daß es nun aber an dieser Voraussetzung im vorliegenden Falle gänzlich fehlt, daß der Appellant nicht bestreitet, daß das Scheidungs-Urtheil vom 30. Oktober 1867 zur Zeit der Ladung vor den Landgerichts-Präsidenten, 26. Februar 1868 bereits rechtskräftig gewesen, und die Scheidung selbst innerhalb der gesetzlichen Frist ausgesprochen sei, auch nicht anzugeben vermag, daß er sonst irgend eine Einwendung gegen die Vollziehung des Scheidungs-Urtheils vorzubringen gehabt habe;

Daß endlich die Behauptung, es sei ihm zur Herbeiführung einer möglichen Versöhnung von Interesse gewesen, vor dem Landgerichts-Präsidenten zu erscheinen, mit Rücksicht auf den Umstand, daß bereits eine frühere Ehescheidungsklage der Appellatin auf die Versöhnungs-Einrede des Appellanten zurückgewiesen worden, sowie Angesichts der Thatsachen, die

Digitized by Google

dem gegenwärtigen Scheidungs-Urtheile zu Grunde liegen, nicht die mindeste Berücksichtigung verdient;

Daß, da es hiernach dem Appellanten an jedem begründeten Widerspruchs-Rechte gegen die ausgesprochene Ehescheidung mangelt, die erhobene Anfechtungs-Klage abzuweisen ist, somit die Entscheidung des ersten Richters sich rechtfertigt;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die gegen das Urtheil des Landgerichts zu Köln vom 14. Dezember 1870 eingelegte Berufung.

I. Senat: Sitzung vom 16. Januar 1872.

Advokaten: Bessel — Esser I.

Falliment. — Concordat. — Wirkung. — Briefliche Aufforderung. — Faustpfand-Gläubiger.

Ein homologirtes Concordat ist für alle Gläubiger, so weit sie nicht aus Objecten, welche ihnen hypothekarisch oder pfandweise haften, Befriedigung suchen und erlangen, ungeachtet unterlassener brieflicher Aufforderung zur Anmeldung, verbindlich.

Beiner — Sparkasse zu Rheydt.

Die Sparkasse zu Rheydt erließ auf Grund einer notariellen Schuld- und Pfand-Verschreibung über 1500 Thlr. gegen Beines am 7. Januar 1871 einen Zahlungsbefehl und schritt demnächst zur Mobilarpfändung. Beines opponirte, weil er am 10. November 1865 ein von dem Handelsgerichte homologirtes Concordat zu 15% abgeschlossen habe und deßhalb persönlich nicht mehr als 15% des obigen Capitals verschulde: welche auch an die Sparkasse bezahlt seien. Die Sparkasse hielt das Concordat fur unverbindlich für sich, weil sie nicht brieflich auch zur Anmeldung ihrer Forderung im Falliments-Verfahren aufgefordert sei. Beines behauptete, das Concordat verbinde alle Gläubiger, auch diejenigen die nicht brieflich geladen seien, insbesondere aber solche, die wie die Sparkasse noch mit einem besonderen Pfandrechte versehen seien.

Das Königl. Landgericht zu Düsseldorf verwarf durch

Digitized by Google

Urtheil vom 12. Juli 1871 die Opposition des Beines. Auf dessen Berufung erkannte der Hof reformatorisch wie folgt:

Urtheil.

In E., daß die appellatische Sparkasse, als Faustpfand-Gläubigerin des Appellanten, nach Art. 520 des Rhein. H. G.-B. nicht befugt war, an der Berathung und Abstimmung über das von demselben mit seinen Gläubigern am 10. November 1869 abgeschlossene und am 19. näml. Monats von dem Königl. Handelsgerichte zu Gladbach homologirte Concordat Antheil zu nehmen, sie also auch dann, wenn sie brieflich von dem Syndik des appellantischen Falliments zur Anmeldung ihrer Forderung aufgefordert worden wäre, nicht in der Lage gewesen sein würde, das unter Nachlaß von 85% vereinbarte Concordat zu verhindern;

Daß schon deshalb ihre Behauptung, daß das Concordat wegen unterbliebener brieflicher Aufforderung für sie nicht verbindlich sei, zerfällt, sie vielmehr das Concordat, nachdem solches in Folge der Homologation zufolge Art. 524 l. c. für alle Gläubiger des Falliments, soweit sie nicht aus Objecten, welche ihnen hypothekarisch oder pfandweise haften, Befriedigung suchen und erlangen, verbindlich geworden ist, auch gegen sich gelten lassen muß;

Daß daher die Appellatin, wo sie wie hier als Chirographar-Gläubigerin auftritt, eine Execution in die Mobilien des Appellanten nur bis zum Betrage der concordatsmäßigen Dividende, nicht aber für die dem Appellanten durch das Concordat nachgelassenen 85% ihre Forderung geltend machen und zur Vollstreckung bringen kann;

Daß somit Appellant dadurch beschwert worden ist, daß der erste Richter, nachdem Appellant die Dividende von 15% nebst Zinsen und Kosten des Zahlbefehls vom 7. Januar 1871 dem Gerichtsvollzieher Zimmermann für die appellatische Sparkasse bereits am 12. Juni nämlichen Jahres bezahlt hatte, noch für die dem Appellanten nachgelassenen 85% die Fortsetzung des Executions-Verfahrens in Ansehung der gepfändeten Mobilien gestattet hat;

Aus diesen Gründen

hebt der Appell.-Ger.-Hof unter Reformation des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 12. Juli 1871, und mit Rücksicht darauf, daß die Appellatin 15% ihrer

Digitized by Google

Forderung bezahlt erhalten hat, den Zahlbefehl vom 7. Januar nämlichen Jahres, und die Mobilarpfändung vom 15. Mai nämlichen Jahres auf u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 30. Januar 1872.
Advokaten: Franken — Drewke.

Domizilirter eigener Wechsel. — Accept. — Irrthümer. — Durchstreichung.

Ein domizilirter eigener Wechsel gehört zu den eigenen Wechseln und ist wie diese Gattung der Wechsel kein acceptables Papier; daher zieht das von einem Bezogenen gezeichnete Accept bei demselben die wechselmäßige Verpflichtung des Acceptanten nicht nach sich, und insbesondere alsdann nicht, wenn das Accept nur aus Irrthum auf den Wechsel geschrieben und demnächst mit Einwilligung des Inhabers wieder gestrichen worden ist.

Oppenheim. — Deutzer.

Der Kaufmann Deutzer klagte bei dem Königl. Landgerichte zu Köln gegen die Firma Salomon Oppenheim junior u. Comp. auf Grund eines von Gebrüder Baldus am 1. Februar 1870 an die Ordre des Klägers medio Mai 1870 zahlbaren angeblich auf die Beklagte gezogenen, dann von dem Kläger auf den Schaaffhausenschen Bankverein indossirten, von diesem der Beklagten zur Acceptation präsentirten, auch von der Beklagten acceptirten, jedoch nicht eingelösten Wechsels über 500 Thlr. auf Zahlung der Wechselsumme nebst Zinsen Provision Protestkosten ꝛc. Kläger behauptete, der Schaaffhausensche Bankverein habe den Wechsel an ihn zurückgehen lassen, nachdem Verklagte unbefugter Weise ihr Accept gelöscht habe; die verklagte Firma entgegnete: der Wechsel sei kein auf die Verklagte gezogener, sondern ein von Baldus ausgestellter bei der Verklagten domizilirter eigener Wechsel; dieses sei, als derselbe zum Accept vorgelegt worden übersehen, und das Accept lediglich in der irrigen Unterstellung, daß ein gezogener Wechsel vorliege, auf denselben gesetzt, demnächst aber, als der Irrthum erkannt worden, mit

Digitized by Google

Zustimmung des derzeitigen Inhabers, des A. Schaafhausenschen Bankvereins, wieder gelöscht werden. Die Verklagte hafte daher um so weniger als der Wechsel gar kein acceptables Papier sei, und daher auch die aus Irrthum erfolgte Acceptation ohne rechtliche Bedeutung gewesen sei..

Das Königl. Handelsgericht erkannte durch Urtheil vom 18. Januar 1871 nach der Klage. Auf die von Oppenheim u. Comp. eingelegte Berufung erkannte der Hof reformatorisch wie folgt:

Urtheil.

In E., daß der gegen die Appellantin eingeklagte Wechsel kein gezogener, sondern ein von Gebrüder Baldus ausgestellter bei der Appellantin domicilirter Wechsel ist;

Daß diese Domicilirung auf dem gedruckten Formular des Wechsels so eingerichtet ist, daß sie die äußere Gestalt der Adresse eines bezogenen hat, und durchaus geeignet ist, im Verkehr großer Banquiergeschäfte die Verwechslung mit einer Tratte hervorzurufen, welcher Umstand in Verbindung mit den beiden am 30. und 31. März 1870 zwischen der Appellantin und Baldus gewechselten Briefen nicht daran zweifeln läßt, daß das Accept, welches die Appellantin mit den Worten und an der Stelle wie es für einen bezogenen üblich ist, auf den Wechsel geschrieben hat, auf einem Irrthum beruhte, und daß in Anerkennung dieses Irrthums von dem Schaaffhausenschen Bankverein als Inhaber die Streichung des Accepts gestattet worden ist;

Daß nach der Allg. deutschen Wechsel-Ordnung auch ein domicilirter eigener Wechsel wie schon der Art. 99 im 3. Abschnitt beweist, zu den eigenen Wechseln gehört, und abgesehen von der besondern Bestimmung dieses Artikels nach dem für die eigenen Wechsel geltenden Recht zu beurtheilen, mithin wie diese Gattung der Wechsel überhaupt kein acceptables Papier ist;

Daß ein wie hier in der Form des Accepts eines bezogenen auf einen eigenen Wechsel gesetztes Accept, auch wenn es von dem Domiciliaten herrührt, eine wechselmäßige Verbindlichkeit nicht erzeugt, weil der Wechsel streng formaler Natur ist, und die Form des Accepts eines bezogenen zu der Form des eigenen Wechsels nicht paßt;

Digitized by Google

Daß, wenn der erste Richter aus dem Art. 81 der deutschen Wechsel-Ordnung hergeleitet hat, daß die Appellantin in dem Augenblick, in welchem sie ihren Namen auf den Wechsel setzte, sich wechselmäßig verpflichtet habe, hierbei nicht beachtet ist, daß der gedachte Artikel, soweit er von dem Acceptanten spricht, offenbar nur auf den gezogenen Wechsel sich bezieht, und daß, wenn der Artikel denjenigen, welcher den Wechsel mitunterzeichnet, für wechselmäßig verpflichtet erklärt, dabei vorausgesetzt wird, daß die Zeichnung, wenn auch nur des Namens sich an den betreffenden Wechsel in der Art anschließt, daß sie nach der Stelle und der Weise, in welcher sie vorliegt, als Mitübernahme der wechselmäßigen Verbindlichkeit einer der zu dem Nexus dieses Wechsels gehörigen Personen aufzufassen ist, dieses aber hier nicht zutrifft, da bei einem eigenen Wechsel die Stellung und das Rechtsverhältniß eines Acceptanten im Wechsel-Nexus nicht möglich ist, daher auch das wie von einem Bezogenen gezeichnete Accept bei diesem Wechsel die wechselmäßige Verpflichtung eines Acceptanten nicht nach sich ziehen kann;

J. E., daß dies zur Rechtfertigung der Berufung hinreicht;

Daß zudem im vorliegenden Falle auch noch der Irrthum des Accepts materiell in Betracht kommt;

Daß derselbe einen wesentlichen Irrthum darstellt, da es sich hier nicht um eine Zusage, die Wechselsumme bei Verfall zu zahlen, sondern um eine concrete Wechselzeichnung handelt, die Appellantin aber irrthümlich eine Tratte zu acceptiren vermeinte, während eine Tratte als Gegenstand eines Accepts gar nicht vorhanden war, und es nicht darauf ankommt, was sie gewollt und gethan haben würde, wenn der Wechsel wirklich eine Tratte gewesen wäre, endlich selbst die Behauptung, die Appellantin würde auch den eigenen Wechsel, wenn sie ihn als solchen erkannt hätte, wechselmäßig mitgezeichnet haben, schon wegen der Ungunst, welche im Handelsverkehr an dem eigenen Wechsel und seinem Vorkommen haftet, nicht einmal haltbar ist;

Daß unter solchen Umständen die Löschung der irrigen Wechselzeichnung den Art. 21 der Wechsel-Ordnung im letzten Absatz nicht gegen sich hat, welcher von dem Accept eines gezogenen Wechsels handelt, im Abschnitt von den eigenen Wechseln nicht in Bezug genommen ist, und an sich in seiner

Digitized by Google

Unbedingtheit eine singuläre Bestimmung ist, die in Anerkennung der Nothwendigkeit eines ungefährdeten und möglichst geordneten Verkehrs beim Wechselgeschäft erlassen, sich nicht in gleicher Strenge auf eigene Wechsel und am wenigsten auf gänzlich unregelmäßige Vorkommnisse bei eigenen Wechseln ausdehnen läßt;

Daß sonach auch die Annahme des ersten Richters, dem Appellaten hätten seine Rechte aus dem Accept durch den Schaaffhausenschen Bankverein nicht vergeben werden können, nicht zutrifft, da der Appellat nur einen eigenen Wechsel erworben und indossirt hat, daher eine Sicherstellung durch ein anderweites Accept nicht erwartet hat und nicht erwarten konnte, und durch das irrthümliche und nicht wechselmäßige Accept der Appellantin keine wechselmäßige Verbindlichkeit der Appellantin zu seinen Gunsten geschaffen wurde;

Aus diesen Gründen

reformirt der Appell.-Ger.-Hof das Urtheil des Königl. Handelsgerichts zu Köln vom 18. Januar 1871, weist an dessen Statt erkennend die am 2. Januar 1871 angestellte Klage des Kaufmanns Karl Deutzen ab.

I. Senat. Sitzung vom 7. Februar 1872.
Advokaten: Esser I. — Herbertz.

Posthalter. — Postillon. — Verantwortlichkeit.

Der Posthalter ist für den Schaden, welcher ein Postillon in Ausübung seiner amtlichen Verrichtungen anrichtet, verantwortlich.*)

Conradi — Wirths.

J. E., daß durch das Ergebniß des Zeugenverhörs, wie der 1. Richter mit Recht angenommen hat, das Verschulden des Postillons Haas an der Verletzung des Wirths vollständig dargethan worden ist, indem sich aus der Aussage der Zeugen ergibt, daß Haas, dem der §. 14 der Instruction vom 19. April 1864 bei engen und belebten Passagen behutsames und vorsichtiges Fahren zur Pflicht macht, an dem fraglichen Tage bei einbrechender Dunkelheit beim Umbiegen um die

*) Vergleiche conformes Urtheil vom 13. Febr. 1860. Archiv 55. 1. 121.

Digitized by Google

Ecke der Mühlengasse nicht nur im Trabe fuhr, sondern auch das nach der Beschaffenheit der Oertlichkeit gemäß §. 11 der Instruction erforderliche Blasen mit der Trompete unterlassen und statt dessen, was er nicht durfte, mit der Peitsche geknallt hat;

Daß, was die Frage der Verantwortlichkeit des appellantischen Erblassers des Posthalters Conradi betrifft, die erwähnte Dienst-Instruction gleich im Eingange des §. 1 ausdrücklich hervorhebt, daß der Postillon vom Posthalter gedungen wird und entlassen werden kann und daß er zu demselben in dem Verhältnisse eines Privatdieners zu seiner Herrschaft steht;

Daß nun zwar der folgende Absatz hinzusetzt, daß der Postillon in Ausübung des Postdienstes unter den Befehlen der Postbehörde und der einzelnen Postbeamten steht und während dessen in Bezug auf den Dienst die Vorrechte der Staatsbeamten genießt; daß aber aus dieser Doppelstellung keineswegs gefolgert werden kann, daß das Privat-Dienstverhältniß des Postillons während der Zeit ruht, wo er im Postdienste amtliche Verrichtungen ausübt, so daß die Beschädigung, die er in Ausführung seiner amtlichen Verrichtungen anrichtet, nicht mehr von seinem Dienstherrn, sondern vom Postfiskus zu vertreten wären, weil eben die Beförderung der Post Sache des Posthalters ist, der dazu nicht nur die Pferde verwendet, sondern auch die Postillone annimmt und gebraucht, und Letztere also bei Beförderung der Post sich gerade in den Functionen befinden, welche ihnen vermöge ihres Dienstvertrages obliegen; daß auch insbesondere der Umstand daran nichts ändert, daß der Postillon während des Postdienstes den Befehlen des Conducteurs und anderer Beamten unbedingt Folge leisten muß, weil der Posthalter sich dieser Bedingung unterworfen hat; zumal in dem vorliegenden Falle nicht einmal davon die Rede ist, daß das Verhalten des Postillons, welches eine Beschädigung zur Folge gehabt hat, ihm von einem Postbeamten vorgeschrieben worden wäre;

Daß bezüglich der Höhe der Entschädigung die Appellanten nichts vorgebracht haben, was zu einer Herabsetzung eine gegründete Veranlassung bieten könnte;

Daß hiernach die Berufung in allen Theilen zu verwerfen ist;

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die Berufung wider das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 19. Oktober 1870.

I. Senat. Sitzung vom 11. März 1872.

Advokaten: Widenmann — Vagedes.

Collocation. — Appellabilität. — Credit-Hypothek.

Die Berufung gegen ein im Collocations-Verfahren ergangenes Urtheil, welches den Einspruch gegen zwei auf demselben Titel beruhende und in demselben Range locirte Forderungen verworfen hat, von denen die eine unter 1000 Francs ist, hat auch bezüglich dieser einen appellabelen Gegenstand.

Die Gültigkeit einer Credit-Hypothekenbestellung ist durch das Vorhandensein einer Principal-Obligation bedingt, vermöge welcher einestheils derjenige, zu dessen Gunsten die Bestellung der Hypothek geschieht, zur Gewährung eines bestimmten Credits unmittelbar verpflichtet erscheint, und zugleich anderentheils dem Besteller die damit in untrennbarer Verbindung stehende Verpflichtung obliegt, dem erstern für die Credit-Gewährung und die damit verbundenen Gefahren, Nachtheile und Auslagen, Vergütung und Ersatz zu leisten.

Creditoren — Lumscher.

In der Collocation über den Steigpreis eines gegen Lumscher subhastirten Hauses, wurden im provisorischen Status sub. VII. Huber mit 4000 Thlr., sub VIII a derselbe mit 1465 Thlr. sub VIII b Mombert mit 100 Thlr. letztere beiden mit demselben Range locirt. Diese Locirungen gründeten sich auf zwei Notarial-Acte vom 18. November 1861 resp. 11. Juli 1862, Inhalts deren der Gemeinschuldner Lumscher dem Bankhause Salberg u. Mombert jene hypothekarischen Cautionsstellungen von je 4000 Thlr., deren näherer Inhalt in dem nachstehenden Urtheile referirt wird, ausgestellt hätten; sodann auf einen Vergleichs-Akt vom 27. Januar

Digitized by Google

1869, wodurch die Hypothek aus dem Akte vom 11. Juli 1862 auf 1565 Thlr. reducirt wurde; ferner auf die in Folge dieser Akte genommenen Inscriptionen, und auf verschiedene Cessions-Akte, durch welche Salberg u. Mombert die Forderung von 4000 auf Huber und die von 1565 Thlr. im Betrage von 1465 Thlr. auf denselben und zu 100 Thlr. auf Mombert cedirt haben.

Gegen diese Locirungen opponirten die sub XII. und XV locirten Gläubiger Wecke und Löhnefinke, indem sie die Wirksamkeit der vorerwähnten Hypothekenbestellungen bestritten, da weder die Voraussetzungen einer Credit-Hypothek, noch einer andern Hypothek vorhanden seien.

Durch Urtheil vom 4. Juni 1870 hat das Königl. Landgericht diese Oppositionen verworfen.

Auf die Berufung der Opponenten, welcher unter anderm hier nicht weiter zu berücksichtigenden Einreden, insbesondere Seitens des Mombert die Einrede der Unannehmbarkeit Mangels appellabeler Summe entgegengesetzt wurde, erkannte der Hof reformatorisch wie folgt:

Urtheil.

Daß, wenn Namens des sub VIII b. des Status mit einer Forderung von 100 Thlr. nebst Accessorien locirten Mombert behauptet wird, daß ihm gegenüber die Berufung Mangels appellabeler Summe unstatthaft sei, auch diese Einrede, abgesehen von der Frage, in wie weit überhaupt im Collocations-Verfahren Theilbarkeit der Contestationen rücksichtlich der Berufung statt hat, hier dadurch zerfällt, daß die Forderung des Mombert mit der sub VIII a. locirten des Th. Weber von 1465 Thlr. auf demselben Titel und derselben Inscription vom 11. resp. 14. Juli 1862 beruht, so daß auch der Status vom 1. November 1869 beide Forderungen ausdrücklich als von gleichem Range bezeichnet hat, — daß mit Rücksicht hierauf der von der Partie Pheifer erhobenene Einspruch vom 10. Dezember 1869, welcher, da erst durch ihn ein eigentliches Partei-Verhältniß unter bestimmten Personen erzeugt wurde, als die Stelle der Klage vertretend anzusehen ist und beide genannten Gläubiger zugleich belangt hat, ohne daß gegen diese, durch das gemeinschaftliche Fundament ihres Anspruches gebotene gemeinsame Belangung, Seitens der letztern in erster Instanz, wo sie durch denselben Anwalt vertreten waren, irgend ein Einwand erhoben worden wäre, — daß sie daher

Digitized by Google

nunmehr als Litisconsorten angesehen werden müssen, denen es nicht mehr erlaubt sein kann, die einmal eingegangene Verbindung in zweiter Instanz wieder zu zerreißen, so wenig wie es umgekehrt den Opponenten, wenn sie mit ihrem Einspruche durchgedrungen wären, freigestanden haben würde, der Berufung beider Oppositen die Einrede der Unannehmbarkeit Mangels appellabeler Summe bezüglich eines derselben entgegen zu setzen;

J. E., zur Sache selbst und soviel zunächst die von den Appellaten Huber, Weber und Mombert angemeldeten sub VII, VIIIa und b des Status locirten Forderungen betrifft;

Daß, wenn auch nach nunmehr feststehender Jurisprudenz die Gültigkeit einer Credit-Hypothek im Allgemeinen nicht zu bezweifeln ist, doch von einer solchen Hypothek, als einem seiner Natur nach bloß accessorischen Rechte, da nicht die Rede sein kann, wo es an dem wesentlichen Erfordernisse desselben, nämlich einer Principal-Obligation ermangelt, vermöge welcher einestheils derjenige, zu dessen Gunsten die Bestellung der Hypothek geschieht, zur Gewährung eines bestimmten Credits unmittelbar verpflichtet erscheint und zugleich andererseits dem Besteller die damit in untrennbarer Verbindung stehende Verpflichtung obliegt, dem erstern für die Credit-Gewährung und die damit verbundenen Gefahren, Nachtheile und Auslagen, Vergütung und Ersatz zu leisten;

Daß nun aber die hier in Rede stehenden Inscriptionen vom 23. November 1861 und 14. Juli 1862, ebenso wie deren im Wesentlichen gleichlautende Constitutions-Titel vom 18. November 1861 resp. 11. Juli 1862 nur besagen, daß dem Autor der erwähnten Gläubiger, nämlich dem Bankhause Salberg u. Mombert eine Hypothek bestellt sei zur Sicherheit aller Forderungen, welche demselben aus dem bisherigen Geschäftsverkehr mit dem Gemeinschuldner Lumscher wegen baarer Vorschüsse, Wechsel u. s. w. bereits entstanden seien, oder aus dessen Fortsetzung noch erwachsen mögen, welches Guthaben die laufende Rechnung des gedachten Bankhauses beim Aufhören der Geschäftsverbindung nachweisen werde, im Betrage von 4000 Thlr. zahlbar nach dem definitiven Rechnungs-Abschlusse;

Daß hiernach Alles, insbesondere das Credit-Gewähren pro futuro auf Seiten des genannten Bankhauses lediglich

Digitized by Google

dem eigenen Willen desselben anheimgegeben ist und ein gegenseitiges obligatorisches Verhältniß, wie es nach dem Obigen die Grundlage und das Erforderniß zur Bestellung einer Credit-Hypothek ist, in der That nicht besteht, — bezüglich der zur Zeit der Hypotheken-Bestellung angeblich bestandenen Forderung aber, da ebensowohl die Zeit der Rückforderung derselben, wie deren Höhe ganz unbestimmt gelassen ist und diese durch Contocurrente, Correspondenz und andere Beweise, Dritten gegenüber, welche auf den Glauben der Hypotheken-Register angewiesen sind, nicht bewiesen werden kann, auch die dafür genommene Inscription schon als gewöhnliche Hypothek nach Art. 2132 und 2148 Nr. 4 des B. G.-B. als wirkungslos sich darstellt, — daß daher alle drei erwähnten Hypothekar-Forderungen als solche, ohne daß es auf die ferner dagegen geltend gemachten Einwendungen weiter ankommt, von der Collocation auszuschließen sind;

Aus diesen Gründen

reformirt der Kgl. Appell.-G.-Hof unter Nichtberücksichtigung der vorgeschützten Unannehmbarkeit, das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 4. Juni 1870 insofern, als dasselbe den Einspruch gegen die Locirung der in dem provisorischen Status sub Nr. VII. VIII a und b aufgenommenen Appellaten Hubert, Weber und Mombert verworfen hat;

Nimmt an dessen statt erkennend, diesen Einspruch der Appellanten als begründet an, verordnet die Löschung dieser Gläubiger aus dem Status.

I. Senat. Sitzung vonm 17. April 1872.

Advokaten: Pheifer — Nacken, Bessel.

Ausländer. — Caution. — Berufungs-Instanz.

Der von einem Ausländer verklagte Inländer ist, auch wenn er in erster Instanz keine Caution gefordert hat, und wenn er in zweiter Instanz Appellant ist, berechtigt von dem appellatischen Ausländer Caution für die Berufungs-Instanz zu fordern.

Plate — Saudersón.

Digitized by Google

Urtheil.

J. E., daß der Ausländer Sauderson in dem gegenwärtigen Rechtsstreit Caution für die Prozeßkosten leisten muß, weil er in demselben der Kläger ist, und in dieser seiner rechtlichen Eigenschaft im Sinne und nach dem Grunde des Art. 166 der B. P.-O. der Umstand, daß er in der jetzigen Instanz dieses Rechtsstreits formell die Stellung des Appellaten hat, nichts ändert, da durch die Berufung nur die Vertheidigung gegen seinen die Prozeßkosten veranlassenden Klageangriff fortgesetzt wird;

Daß dem Appellanten nicht entgegensteht, daß er in erster Instanz keine Caution gefordert hat;

Daß nämlich daraus, daß für die Kosten des ganzen Rechtsstreits auch in seiner Fortsetzung in zweiter Instanz Caution gefordert werden kann, nicht nothwendig folgt, daß das Recht nur als einheitliches Ganze bestehe, und als solches beim Beginne der ersten Instanz geltend gemacht werden müsse, widrigenfalls dasselbe gemäß der Vorschrift des Art. 166 der B. P.-O. für den ganzen Rechtsstreit in allen Instanzen verloren werde;

Daß vielmehr, da nach festem Gerichtsgebrauch in jeder einzelnen Instanz nur für diejenigen Kosten, welche diese Instanz betreffen und in der muthmaßlichen Höhe der Kosten dieser Instanz Caution gefordert und auferlegt wird, und die Caution nur für die Kosten derjenigen Instanz, in welcher sie bestellt ist, haftet, die Forderung so wie die Unterlassung der Forderung der Caution nur auf die jedesmalige Instanz Bezug hat, und sich nicht von Ursprung an auf alle Instanzen des Rechtsstreits erstreckt;

Daß sonach der Antrag auf Cautionsleistung eine für die in dem Rechtsstreit dazu befugte Partei in jeder Instanz desselben sich erneuernde verzögerliche Einrede für diese Instanz bezüglich der Kosten derselben sich darstellt, und die Einlassung zur Hauptsache in erster Instanz wohl für die Kosten der ersten Instanz präjudizirlich ist, dagegen weder gemäß Art. 166 der B. P.-O. den Verlust des Rechts, in zweiter Instanz rechtzeitig für deren Kosten Caution zu fordern, nach sich zieht, noch einen Verzicht auf die meist bedeutenderen Kosten einer möglichen zweiten Instanz in sich schließt;

Digitized by Google

Aus diesen Gründen
gibt der Appell-Ger-Hof dem Appellaten Sauderson auf, vor allem dem Appellanten Plate eine Caution für die Prozeßkosten der gegenwärtigen Berufungsinstanz im Betrag von 50 Thlr. zu bestellen.

I. Senat. Sitzung vom 23. April 1872.
Advokaten: Lautz — Nacken.

Gegenschein. — Cessionar.

Ein Gegenschein ist dem Cessionar gegenüber ohne Wirkung.

Wittener Volks-Bank — Wallbrecht.

Die Wittwe Hallbach bekannte sich durch Notarial-Akt vom 19. Februar 1867, nach vorgängiger Autorisation des Gerichtes zur Verpfändung der ihr und ihren minderjährigen Kindern zugehörigen Immobilien, für sich und als Vormünderin derselben als Schuldnerin eines Capitals von 1500 Thlr. zu Gunsten von Wilhelm Wallbrecht, und setzte die gemeinsamen Immobilien zur Hypothek. Am 10. März desselben Jahres heirathete die Wittwe Hallbach den Gläubiger Wallbrecht, und wurde wenige Monate später fallit erklärt.

Wallbrecht cedirte am 30. September 1869 diese Obligation an die Wittener Volks-Bank zu Witten, welche die Cession vom 6. Oktober 1869 an die Schuldnerin und am 19. Oktober 1870 an den Syndik des Fallimentes der vormaligen Wittwe Hallbach jetzigen Ehefrau Wallbrecht zustellen ließ.

In dem über den Steigpreis der verpfändeten Immobilien eingeleiteten Collocations-Verfahren wurde die Wittener Volks-Bank nach dem Datum der Inscription ihrer Forderung locirt. Hiergegen opponirte der Syndik des vorgedachten Fallimentes mit der Behauptung, daß die Fallitin den Betrag aus der Obligation vom 19. Februar 1867 niemals von dem Wallbrecht erhalten habe; daß vielmehr unmittelbar nach Ausbruch des Fallimentes im Jahre 1867 Wallbrecht und die Fallitin ihm dem Syndik dieses schriftlich erklärt hätten, und namentlich auch, daß sie übereingekommen seien, die Obligation als nicht zu Stande gekommen zu betrachten. Der Syndik legte hierfür die von Wallbrecht und der Fallitin unterschriebenen

Digitized by Google

Erklärungen aus dem Jahre 1867 vor und behauptete ferner, der Cessionar müsse dieselben gegen sich gelten lassen, und zwar ohne Rücksicht darauf, daß dieselben kein sicheres Datum hätten.

Das Königl. Landgericht zu Elberfeld ging hierauf ein, und nahm durch Urtheil vom 15. Februar 1871 den Einspruch an. Der Hof erkannte in Uebereinstimmung mit dem Antrage des Oeffentl. Ministeriums reformatorisch wie folgt:

Urtheil.

In E., zur Berufung gegen den Syndik des Fallimentes der Ehefrau Wallbrecht, daß der Einspruch gegen die Locirung der Appellanten auf die Behauptung gestützt wird, der Wilhelm Wallbrecht habe die durch Akt vom 19. Februar 1867 verbriefte, am 7. März 1867 inscribirte und am 30. September 1869 der Appellantin cedirte Forderung in Wirklichkeit gar nicht besessen, mithin auch nicht mit rechtlicher Wirkung übertragen können, weil er und seine Ehefrau in den mit dem Agenten des Fallimentes der letzteren am 8. resp. 11. Juni 1867 aufgenommenen Verhandlungen durch ihre Unterschrift anerkannt hätten, daß das Darlehen von 1500 Thlr., über welches jener Akt errichtet worden, in der That nicht gegeben worden sei, Wallbrecht deshalb auch seiner Frau und deren minorennen Kindern gegenüber auf Forderung wie Hypothek verzichtet habe;

Daß der erste Richter diesen Einspruch für begründet erachtet hat, weil der Cessionar, als Singular-Successor des Cedenten, eine von dem letzteren ausgegangene Privat-Urkunde nach Art. 1322 des B. G.-B. wider sich gelten lassen müsse, Appellat daher die erwähnte schriftliche Erklärung des Wallbrecht der Appellantin mit Erfolg entgegensetzen könne;

Daß indessen der bezogene Artikel für den vorliegenden Fall nicht zutrifft;

Daß nämlich gemäß der von dem Appellaten geltend gemachten Behauptung von den Eheleuten Wallbrecht neben dem Akte vom 19. Februar 1867 eine weitere geheim gehaltene Vereinbarung getroffen worden, welche jenen ersteren wieder aufhob und ihren Ausdruck in den dem Agenten des Fallimentes gemachten schriftlichen Erklärungen fand;

Daß diesen mithin die Bedeutung eines Gegenscheines beizulegen ist, ein solcher aber nach Art. 1321 des B. G.-B.

Digitized by Google

seine Wirkung nur zwischen den Contrahenten, nicht aber gegen Dritte äußert;

Daß daher die von der Ehefrau Wallbrecht und die von Wallbrecht selbst dem Agenten hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens des durch den Notarial-Akt beurkundeten Geschäfts gemachten Erklärungen dem Cessionar, welcher bei diesem Geschäft nicht Contrahent war, und welcher der Wahrheit des von beiden geschlossenen Aktes vertrauen durfte, nicht entgegen gestellt werden können, daher die Behauptung des Appellaten, daß überhaupt kein Darlehen gegeben worden, dem Inhalte des bezogenen Notarial-Aktes gegenüber beweislos ist;

Daß mithin die Cession, deren Zustellung an die Schuldner am. 6. Oktober 1869 und an den appellatischen Syndik am 19. Oktober 1870 geschehen ist, volle Wirksamkeit hat und der Einspruch gegen die Locirung der Appellantin hinfällig ist;

Aus diesen Gründen

reformirt der Hof das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 15. Februar 1871 auf die dagegen eingelegte Berufung und verwirft, statt dessen erkennend, die Einsprüche gegen die Locirung der Appellantin in dem provisorischen Status vom 19. Januar 1870, u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 8. Mai 1872.

Advokaten: Herbertz — Dubelman, Lautz.

Künstliche Wasser-Leitung. — Der kalte Bach zu Burtscheid. — Rechts-Verhältnisse der Nutzungsberechtigten.

Der kalte Bach zu Burtscheid ist eine künstliche angelegte Wasserleitung, auf welchen die von natürlichen Wasserläufen geltenden Rechtsgrundsätze keine durchgreifende Anwendung finden, dessen Rechts-Verhältnisse vielmehr, soweit sie nicht sonst urkundlich festgestellt sind, aus der Beschaffenheit der Einrichtungen selbst und den Zwecken, welchen sie dienen, erkannt werden müssen.

Das durch den öffentlichen Charakter desselben mehr oder minder beschränkte Eigenthum an

Digitized by Google

demſelben ſteht der Stadtgemeinde Burtſcheid zu, welcher gegenüber die von verſchiedenen Grundſtücken aus unangefochten geübten Waſſerbenutzungen als dieſen Grundſtücken zuſtehende ſervitutiſche Gerechtſame erſcheinen.

Hierdurch iſt aber nicht ausgeſchloſſen, daß das Eigenthum an irgend einem Theile deſſelben von einem Angränzenden erworben iſt.

von Cöls u. Conſ. — Stein.

Die Appellanten, Witwe und Erben von Cöls benutzten den kalten Bach zu Burtſcheid zum Betrieb der Amga-Mühle. Der Appellat Stein, welcher durch ein Rohr in der oberhalb jener Mühle gelegenen ſogenannten Bertram'ſchen Mälzerei das Waſſer aus dieſem Bache zum Betrieb derſelben bezogen hatte, verlegte dieſes Rohr mit polizeilicher Genehmigung mehr abwärts näher zu der Amga-Mühle, und zwar zwiſchen dieſer und der Stelle, wo in der Dammſtraße dem kalten Bache noch Waſſer aus dem warmen Bache zugeführt wird. Unter dem 26. Juni 1869 klagten die Appellanten bei dem Königl. Landgerichte zu Aachen gegen den Appellaten auf Entfernung dieſes Rohres und Schadenserſatz für die durch daſſelbe zum Nachtheile ihrer Mühle ſtattgehabte Waſſerentziehung. Sie ſtützten dieſe Klage zunächſt darauf, daß ſie Eigenthümer der Bachſtrecke ſeien, in welcher das neue Rohr angelegt worden; daß falls dieſes nicht anerkannt werde, nach den Grundſätzen des Servituten-Rechtes weder die Verlegung der einem beſtimmten Grundſtück zuſtehenden Waſſergerechtſame auf ein anderes, noch auf ein anderes Gewäſſer, nämlich auf das durch Vereinigung des kalten mit dem warmen Bache gebildeten, noch endlich eine Vermehrung der Waſſerentziehung aus dem gemeinſchaftlich benutzten Gewäſſer geſtattet ſei. In letzterer Hinſicht wurde nämlich behauptet, daß das neue Rohr eine Weite von $2\frac{1}{2}$ Zoll habe;

Appellat behauptet, daß die Verlegung des Rohres durch die polizeiliche Genehmigung geſtattet worden, und daß von jeher die Benutzung des Baches durch die Nutzungsberechtigten nach dieſer Weiſe geregelt worden ſei, worüber er Beweis erbot.

Digitized by Google

Das Königl. Landgericht erkannte durch Urtheil vom 10. November 1870 auf ein Gutachten von Sachverständigen darüber: ob die Wasserkraft der Amga-Mühle durch die zur Alimentation der kurz oberhalb derselben am rechten Ufer des kalten Baches angelegten Alen'schen Färberei dienende Wasserableitung mehr beeinträchtigt werde, als es durch die frühere Wasserentziehung in Burtscheid an der Bertram'schen Mälzerei durch ein Rohr von bloß $1^1/_2$ Zoll Durchmesser der Fall war; ob eine solche Beeinträchtigung auch vorliege bei der Annahme, daß dieses Rohr $2^1/_2$ Zoll Durchmesser halte.

Auf die Appellation der Witwe und Erben von Cöls erkannte der Hof confirmatorisch wie folgt:

Urtheil.

J. E., daß der kalte Bach zu Burtscheid, welcher die Mühle der Appellanten treibt, nach Darstellung beider Parteien selbst und der von beiden angerufenen in der Historisch-topographischen Beschreibung der Stadt Burtscheid von Christian Quix, eine, wenn auch durch natürliche Quellen genährte, doch in ihrer Erstreckung durch das Gemeindegebiet von Burtscheid künstliche, zur Befriedigung manichfaltiger ökonomischer und gewerblicher Bedürfnisse schon vor Jahrhunderten angelegte Wasserleitung ist, welche mittelst vieler ebenfalls von Alters her bestehenden Einrichtungen bald auf den von ihr berührten Grundstücken als Triebkraft, bald auf andern ihr näher oder ferner gelegenen Grundstücken zur Beziehung bestimmter Wasserquantitäten benutzt wird;

Daß auf eine solche künstliche, ein für sich bestehendes immobiles Ganze bildende Anlage, die von natürlichen Wasserläufen geltenden Rechtsgrundsätze keine durchgreifende Anwendung finden können, die hinsichtlich derselben obwaltenden Rechtsverhältnisse vielmehr, soweit sie nicht sonst urkundlich festgestellt sind, aus der Beschaffenheit der Einrichtungen selbst und den Zwecken, welchen sie dienen, erkannt werden müssen;

Daß, in Verbindung mit der Beschaffenheit der ganzen hier fraglichen Anlage, Quix's vielfach urkundlich belegte geschichtliche Mittheilungen sowie diejenigen in Noppius Aachener Chronik Cap. 39 die Anschauung begründen, daß, während das Reichsstift Burtscheid bestand, dasselbe Eigenthümer der ganzen Wasserleitung war, und mit dem Aufhören des Stiftes,

Digitized by Google

dessen frühere Herrschaftsstellung im Laufe der Zeit der Gemeinde Burtscheid gegenüber im Wesentlichen in die einer Vertretung der Gemeinde-Interessen übergegangen war, dieses durch den öffentlichen Charakter der Anlage mehr oder minder beschränkte Eigenthum auf die Stadtgemeinde Burtscheid übergegangen ist; welchem gegenüber sodann die erwähnten von verschiedenen Grundstücken aus unangefochten geübten Wasserbenutzungen als diesen Grundstücken an der Wasserleitung zustehende servitutische Gerechtsame erscheinen;

Daß diese Annahme die Möglichkeit nicht ausschließt, daß an irgend einem Theile des künstlichen Baches das Eigenthum von einem Privaten, namentlich einem angränzenden erworben worden, und in der That die Appellanten ihre Klage zunächst darauf gründen, daß sie Eigenthümer des ihre Mühle berührenden Theiles des Baches und zwar auch der oberhalb der Mühle gelegenen Strecke des Baches seien, an welcher der Appellat diesem mittelst eines in das Bachufer gebohrten Loches Wasser entzieht;

Daß, wenn das so behauptete ausschließliche Recht der Appellanten begründet wäre, der Zurückweisung jedes Eingriffes in dasselbe selbstredend die von dem Appellaten eingeholte polizeiliche Erlaubniß nicht entgegenstehen würde und zwar deshalb um so weniger, da dieselbe unter dem Vorbehalte aller Privatrechte ertheilt ist;

Daß aber, abgesehen davon, daß Kataster-Angaben auch Gemeinden gegenüber nicht entscheidend sein können, in dem Kataster-Auszuge vom 3. Oktober 1835, auf welchen sich die Appellanten zunächst berufen, die hier fragliche Bachstrecke keineswegs als zu ihrer Mühle gehörig bezeichnet wird;

Daß nämlich in der damaligen Kataster-Karte zwar die Parzellen-Nummer 127 diese Bachstrecke mit umfaßt, im Auszuge aber die zur Mühle gehörige Parcelle 127 als beiderseits an andere Grundstücke der Mühle anschießend bezeichnet wird, und demnach als die hier fragliche weiter oberhalb nnd ganz außerhalb der übrigen Mühlengrundstücke gelegene Bachstrecke umfassend nicht angesehen werden kann;

Daß dem gegenüber die Maaßangabe des Auszuges nicht genügt, um durch denselben dem Rechtsvorgänger der Appellanten die ganze Strecke 127 der Karte zugewiesen zu erachten;

Daß deshalb nicht anzunehmen, daß durch den Kaufakt

Digitized by Google

vom 21. Dezember 1836, welchem der Auszug zu Grunde liegt, die fragliche obere Bachstrecke den Appellanten mit verkauft worden ist;

Daß dadurch für diesen Bachtheil auch der Katasterauszug vom 14. Januar 1870 alle entscheidende Bedeutung verliert;

Daß die Appellanten auch ein Eigenthum an dieser Bachstrecke als einem für ihre Mühle unerläßlichen Mühlenteiche, nicht beanspruchen können, weil dieselbe einen eigentlichen bloß der Mühle dienenden Mühlenteich nicht darstellt, aus der Abhängigkeit der Mühle aber von dem Wasserzusflusse durch diesen Bachtheil ein Eigenthum an diesem Theile so wenig, wie aus gleichem Grunde an der ganzen Wasserleitung gefolgert werden kann;

Daß endlich die von den Appellanten artikulirten Besitzhandlungen nicht als einen zur Erwerbung des Eigenthums an der fraglichen Bachstrecke geeigneten Besitz darstellend angesehen werden können, da die Reinigung des Bachbettes als durch das Bedürfniß der Mühle hervorgerufen, auf die Absicht, den Bach zu besitzen, gar nicht schließen läßt, und die Grasnutzung auf den den Reinigungsarbeiten unterworfenen Ufern zu sehr mit diesen Arbeiten zusammenhängend erscheint, um für sich allein maßgebend sein zu können, die in oder unmittelbar an der Mühle stattgehabte Ueberbauung des Bachbettes, welche Bedeutung man ihr auch sonst beilegen mag, aber den hier fraglichen außerhalb der Mühlengrundstücke gelegenen Bachtheil nicht berührt und für denselben von keiner Bedeutung ist;

Daß, indem sonach der erbotene Beweis der behaupteten Besitzhandlungen als unerheblich nicht zuzulassen ist, die Klage der Appellanten auf ein Eigenthum an der fraglichen Bachstrecke nicht mit Recht gegründet erscheint;

J. E., daß, soviel dann die fernere aus dem Wassernutzungsrechte der Appellanten hergeleitete Begründung der Klage angeht, daß nach der von Quix mitgetheilten und unangefochtenen Urkunde von 1470 schon damals „von Alders Herkommen Recht" der Mühle war, daß ihr der ganze kalte und der halbe warme Bach ungehindert zuströmen mußten, und in dem Vergleiche vom 12. Juli 1832 dieses, von dem Rhein. Appell.-Ger.-Hofe in einem Urtheile vom 14. Januar 1826 der Mühle gegen die Gemeinde Burtscheid zuerkannte

Digitized by Google

Recht, nicht allein von der Gemeinde unter Zustimmung der Königl. Regierung zu Aachen, sondern auch von den zugezogenen höher und tiefer gelegenen Nutzungsberechtigten, worunter Rechtsvorgänger des Appellaten, anerkannt worden ist;

Daß zum nothwendigen Inhalte dieses Rechtes, ohne welchen es illusorisch würde, die Befugniß gehört, auf dem ganzen Laufe des Baches allen den Wasserlauf hindernden oder das zufließende Wasserquantum vermindernden Einwirkungen, welche nicht Ausübung von ebenfalls wohl begründeten Nutzungsgerechtsamen sind, mit rechtlichen Mitteln und zwar auch durch direkte Klage gegen den Störer entgegen zu treten;

Daß letzteres im gegenwärtigen Falle von der Gemeindebehörde im Einklange mit dem an sie ergangenen Regierungsreskripte noch besonders durch den schon erwähnten Vorbehalt aller Privatrechte bei der dem Appellaten ertheilten polizeilichen Erlaubniß anerkannt worden ist, woraus zugleich um so mehr hervorgeht, daß diese Erlaubniß der Klage, auch soweit dieselbe auf Schädigung des Wasserbenutzungsrechtes gegründet wird, nicht mit rechtlicher Wirkung entgegengesetzt werden kann;

Daß aber aus dem servitutischen Rechte der Appellanten nicht folgt, daß die auch von ihnen im Allgemeinen als Eigenthümerin betrachtete Gemeinde nicht eins der andern von Alters her an der Wasserleitung unbestritten bestehenden Gerechtsame von einem Grundstücke auf ein anderes dürfe verlegen lassen, wenn dies ohne Benachtheiligung anderer Gerechtsame und speciell dessen der Appellanten geschehen kann;

Daß folgeweise eben wenig die Appellanten, wenn die Gemeinde eine solche Verlegung, wie es nach vorliegenden amtlichen Mittheilungen als üblich angesehen werden kann, geschehen läßt, ohne daß ihre Behörden anders als polizeilich dabei mitwirken, befugt erachtet werden können, das für die Gemeinde allerdings aus der Natur servitutischer Rechte gegen eine solche Veränderung hervorgehende Einspruchsrecht geltend zu machen;

Daß daher, da der Appellat, in Befolgung der ihm ertheilten Concession, welche ihm gestattete, die den Gegenstand der Klage bildende Wasserableitungsröhre statt einer gleichen ihm unbestrittener Maaßen höher am Bache zustehenden Röhre anzubringen, diese letztere Röhre nach amtlicher Konstatirung

Digitized by Google

geschlossen hat, der erste Richter mit Recht angenommen hat, daß es darauf ankomme, ob durch die Neuerung das Gerechtsame der Appellanten eine Beeinträchtigung erleide;

Daß es an genügenden Gründen fehlt, dies ohne Expertise schon deshalb für dargethan zu erachten, weil der Appellat an der neuen Stelle auch Wasser des warmen Baches erhält, was an der alten nicht der Fall war, da bis jetzt nichts zu der Annahme berechtigt, das Gerechtsam der Appellanten sei auf Benutzung eines Wassers von besonderer Qualität und nicht vielmehr bloß auf die Triebkraft eines bestimmten Wasserquantums gerichtet;

Daß aber, wenn für die Appellanten auf die Temperatur des Wassers etwas ankommt, ebenfalls erst aus der angeordneten Expertise hervorgehen wird und muß, ob für sie in dieser Beziehung durch die Neuerung eine Aenderung von irgend einer Erheblichkeit eintritt;

Daß in Bezug auf etwaige Verminderung der Triebkraft außer den vom ersten Richter hervorgehobenen Gesichtspunkten von den Sachverständigen auch die Behauptung der Appellanten zu berücksichtigen sein wird, daß die Entnahme desselben Wasserquantums unmittelbar vor der Mühle ihnen nachtheiliger sei als an der alten Stelle, und es sich dabei namentlich darum handeln wird, ob auf dem Laufe zwischen den beiden Punkten der Bach durch Verdunstung oder Einsickerung eine erhebliche Wasserverminderung erleide und daher ein und dasselbe Wasserquantum unten einen höhern Werth habe als oben;

Daß die Erstreckung der Expertise auch auf die Frage, ob die Appellanten beschädigt seien unter der Voraussetzung, daß der Appellat in seiner Mälzerei ein Loch von 2½ Zoll Durchmesser gehabt habe, durch die Behauptungen des Appellaten hinreichend motivirt erscheint und den Appellanten nicht präjudizirt;

Daß zur Anordnung einer Ortsbesichtigung eine genügende Veranlassung nicht vorliegt;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die Berufung wider das Urtheil des Königl. Landgerichtes zu Aachen vom 14. November 1870.

III. Senat. Sitzung vom 8. Februar 1872

Advokaten: Nacken — Pheifer, Schilling.

Digitized by Google

Lebensversicherungspolice. — Formlose Verpfändung. — Ungültigkeit nach Allg. Deutschen Handels-G.-B.

Eine Lebensversicherungspolice gehört weder zu den beweglichen Sachen noch zu den Inhaber- oder durch Indossament übertragbaren Papieren, bezüglich deren Art. 309 des Allg. Deutschen Handels-G.-B. eine formlose Faustpfandbestellung gestattet, noch endlich auch zu den „Werthpapieren" an welchen das Retentionsrecht des Art. 313 ibid. ausgeübt werden kann.

Duisberg — Falliment Schmitt.

J. E., daß es sich von der Herausgabe einer auf den Namen des in Fallitzustand gerathenen und verstorbenen Kaufmannes Johann Wilhelm Schmitt zu Köln ausgestellten Lebensversicherungspolice handelt, die mit dem Willen des Verstorbenen in den Besitz des Verklagten und Appellanten gekommen ist, daß daher der provisorische Syndik des Fallitments wohl berechtigt ist, die Herausgabe der Police von dem gedachten Inhaber derselben zu verlangen, in so fern dieser nicht im Stande ist, Gründe geltend zu machen, die jenem Anspruch entgegen stehen.

J. E., daß vom Richter erster Instanz genügend ausgeführt worden, daß das von dem Appellanten behauptete Eigenthum an der Police nicht besteht, daß es daher auf die Erörterung der Bedingungen zur Gültigkeit eines solchen Uebertrages nicht ankommt.

J. E., daß eventuell vom Appellanten eine Verpfändung der Police an ihn geltend gemacht wird;

Daß klar vorliegt, daß eine solche beabsichtigt war, daß nämlich Johann Wilhelm Schmitt Schuldner des Appellanten von einer Summe war, die sich nach dem vorliegenden Contocurrent vom 9. Januar 1869 ohne Abzug einer Gegenrechnung des Schmitt wegen Provision von 217 Thlr. 25 Sgr. auf 1250 Thlr. 1 Sgr 10 Pfg. belief;

Daß Appellant in seinem Briefe vom 16. Juni 1869 an den Johann Wilhelm Schmitt schrieb, daß er Schmitt die Bürgschaft, die er in Aussicht stelle, schriftlich übermitteln möge und daß darauf Schmitt unterm 18. Juni 1869 dem Appellanten die Police mit den Worten übersandte: „nach Uebereinkunft übergebe ich Ihren Händen eine Lebensversicherungs-

Digitized by Google

police", wozu er noch bemerkte, daß er Schmitt die Prämie zahlen und ihm Appellanten die Quittung darüber einsenden werde, durch welches alles jeder Gedanken daran, daß es hier nicht auf eine Verpfändung sondern auf eine Eigenthumsübertragung der Police abgesehn gewesen, ausgeschlossen ist (conf. auch der Brief des Appellanten vom 28. Juni 1869);

Daß es daher auf die Rechtsbeständigkeit der Verpfändung, welche in Frage gestellt und vom Richter a quo verneint worden ankommt;

J. E., daß eine Rechtsbeständigkeit derselben nach den Vorschriften des B. G.-B. nicht behauptet, sondern auf die Bestimmungen des Allg. Deutschen Handels-G.-B. gestützt wird;

Daß jedoch der angezogene Art. 309 Allg. Deutschen Handels-G.-B. der Behauptung des Appellanten nicht das Wort redet, da eine Lebensversicherungspolice weder unter den Begriff der beweglichen Sachen noch unter den von Papieren, die durch Indossament übertragen werden können, abgesehn davon, daß die letztgedachte Form nicht beobachtet worden ist, noch endlich unter den von Papieren auf den Inhaber fällt, dies aber auch von der vorliegenden gilt, wenn gleich sich die Schuldnerin, die Feuer-Versicherungs-Gesellschaft Concordia, im Interesse eines erleichterten und ungefährlichen Geschäftsverkehres die Befugniß vorbehalten hat, auch ohne Prüfung des Legimationspunktes an jeden Inhaber der Police zahlen zu können, ohne dazu verpflichtet zu sein;

J. E., daß Appellant schließlich behauptet, daß ihm jedenfalls auf den Grund des Art. 313 des Handels-G.-B. ein Retentionsrecht an der Police zustehe.

J. E., daß zwar die Forderung des Appellanten aus gegenseitigen Handelsgeschäften herrührt, daß aber ausserdem nach dem gedachten Artikel zur Begründung des Retentionsrechts noch erforderlich ist, daß das Objekt an welchem das Retentionsrecht bestehen soll, zu denjenigen Gegenständen gehört, an welchen das Gesetz ein Retentionsrecht anerkennt und daß dasselbe mit dem Willen des Schuldners auf den Grund eines Handelsgeschäfts in den Besitz des Detentors derselben gekommen ist;

Daß es dahin gestellt bleiben mag, ob der Akt, durch welchen Appellant den Besitz der Police laut den Briefen vom 16. und 18. Juni 1869 erhalten hat, ein Handelsgeschäft darstellt, da es entscheidend für die Sache ist, daß die

Digitized by Google

qu. Police weder zu den beweglichen Sachen noch zu den „Werthpapieren", an welchen eine Retentionsrecht nach Maßgabe dieses Artikels zulässig, gezählt werden kann.

Daß das erstere, daß nämlich eine solche Police nicht zu den beweglichen Sachen im Sinn dieses Artikels gehört, keiner Ausführung bedarf, da nirgendwo angedeutet worden, daß dem Worte: bewegliche Sache im Allgem. Deutschen Handels-G.-B. eine solche über den gewöhnlichen Begriff weit hinausgreifende Bedeutung habe gegeben werden sollen;

Daß auch das andere nicht der Fall ist;

Daß es zwar nicht verkannt werden kann, daß es außer den Werthpapieren im Art. 271 Allgem. Deutschen Handels-G.-B., die für den Handelsverkehr zunächst bestimmt sind und als Objekt des Kaufs bezeichnet werden z. B. Ordrepapiere, Staatspapiere und Actien noch andere Werthpapiere im Sinne des G.-B. gibt, die nicht zunächst diesen Zweck haben;

Daß aber auch dieser weitere Begriff eines Werthpapiers nicht auf eine Lebensversicherungspolice ausgedehnt werden kann, indem diese im Wesentlichen ein zwischen zwei bestimmten Personen bestehendes und von gewissen persönlichen Bedingungen abhängiges rein civilrechtliches Schuldverhältniß darstellt, kraft dessen nur den Berechtigten resp. dessen Erbe oder Singularsuccessor für den Fall des Ablebens des ersteren ein Anspruch auf eine gewisse Summe zusteht, welches Verhältniß dadurch keine Alteration erleidet, wenn sich auch, wie untergebens der Schuldner die Befugniß vorbehalten hat, ohne den Legitimationspunkt zu prüfen, an jeden Inhaber der Police zahlen zu können, so daß also durch diese Klausel die Police nicht die Natur eines Werthpapiers im Sinne des Gesetzes erlangt, da ein Werthpapier nach dem Allgem. Deutschen Handels-G.-B. in dem Sinne aufzufassen ist, daß es ein Schriftstück bezeichnet, welches einen Vermögenswerth in der Art repräsentirt, daß derjenige welcher die Schrift ordnungsmäßig erwirbt, dadurch allein schon einen Vermögenstheil erlangt;

Daß demnach, da auch das behauptete Retentionsrecht nicht für begründet erachtet werden kann, die Berufung zu verwerfen ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die Berufung von dem Urtheil des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 17. Mai 1871 mit Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 20. Januar 1872.

Advokaten: Widenmann — Maassen.

Digitized by Google

Arrest. — Cession. — Signifikation. — Subhastation gegen einzelne Miteigenthümer — Convalescenz.

Ein vor Signifikation einer Cession von dem Cessionar bei den Bürgen angelegter Arrest ist gültig.
Die nur gegen einzelne Miteigenthümer stattgehabte Subhastation einer gemeinschaftlichen Sache convalescirt, wenn vor Geltendmachung der Nichtigkeit die übrigen Miteigenthümer sie genehmigen, oder wenn bei der demnächstigen Theilung die Sache in das Loos der Miteigenthümer, gegen die subhastirt ist, fällt.

Laporte — Lorenzi.

J. E., betr. der Einrede, daß der Arrest wegen Mangels vorheriger Zustellung der Cession unzulässig gewesen sei, daß wenn auch der Cessionar Dritten gegenüber erst durch die Signifikation der Cession mit der Forderung saisirt wird, der eigentliche Rechtsgrund des Uebergangs derselben auf ihn doch in der Willenserklärung des Cedenten d. h. in der Cession selbst liegt und der Arrest, als conservatorische Maßregel, am 7. Februar 1870 auch vor der Signifikation gelegt werden konnte, diese aber mit dem Zahlungsbefehl am 9. Februar rechtzeitig ersetzte;

Daß diese Einrede daher unbegründet erscheint;

J. E., daß die ferneren Einreden den Bestand der Subhastation vom 13. März 1850 und die dabei von dem Appellanten Laporte den Bedingungen gemäß übernommene Solidarbürgschaft betreffen;

J. E., daß diese Subhastation, bei welcher dem ꝛc. Stroisch das fragliche Haus zugeschlagen wurde, gegen den Vater Carl Kroll und dessen Tochter 2. Ehe Charlotte erfolgte, und daher von diesen nicht angefochten werden kann; daß das subhastirte Haus indeß als Acquäst 1. Ehe nur dem Vater und den Kindern 1. Ehe gehörte, und bei der Theilung der desfalsigen Gütergemeinschaft am 30. Mai 1854 verkauft und von dem Appellaten Lorenzi versteigert wurde;

Daß dann zur Hebung der aus diesem zwiefachen Verkauf entstandenen Schwierigkeiten durch Vergleich vom 25 Januar 1858 der Ankäufer Lorenzi auf diesen Ankauf verzichtete und dagegen die drei Kinder 1. Ehe die einzigen, welche die

Digitized by Google

Subhastation hätten anfechten können, ihm als Entschädigung 215 Thaler zu zahlen sich verpflichteten und ihm bis zur Concurrenz dieser Summe ihren Antheil an dem Immobilarkaufpreise, welchen Stroisch auf Grund der Subhastation verschuldete, zugleich mit dem Auftrag, ihre Rechte im Collokationsverfahren wahrzunehmen übertrugen, daß letzteres dann auch geschehen und den Kindern 1. Ehe dem entsprechend Anweisung ertheilt ist, — 23. Dezember 1869;

J. E., daß hiernach eine vollständige Genehmigung des Verkaufs an Stroisch durch die Kinder 1. Ehe vorliegt, sowohl durch ihre Erklärung in dem Vergleich mit Lorenzi als durch die Production und erhaltene Zahlungsanweisung im Collokationsverfahren, und diese Geltendmachung ihrer Ansprüche auf den von Stroisch verschuldeten Kaufpreis auf Grund des Vergleichs von 1858 jeden Angriff gegen die Subhastation durch sie oder ihren Mitcontrahenten Lorenzi ausschließt, wenn auch an sich in der bloßen Production allein noch nicht unbedingt ein solcher Verzicht zu finden sein möchte;

J. E., daß hiedurch die auf Art. 1599 gestützte Einrede des Appellanten beseitigt wird, weil die in diesem Artikel ausgesprochene Nichtigkeit nicht eine derart absolute ist, daß dadurch gar keine Rechte erzeugt würden, oder daß nicht durch ein Hinzutreten des wahren Eigenthümers vor jeder Geltendmachung der Nichtigkeit der Verkauf convalescirt;

Daß letzteres aber ebenso durch die Verjährung erfolgt ist, da der Ankäufer auf Grund dieses Titels seit 1850 im Besitz sich befindet, also länger als 10 Jahre auch seit der Großjährigkeit der Kinder 1. Ehe, welche wenigstens am 25. Januar 1858 schon eingetreten war;

J. E., daß aber auch der Art. 1599 hier überhaupt nicht in erster Linie in Betracht kommen kann, weil das Haus, wie erwähnt, ein gemeinschaftliches Eigenthum des Vaters Carl Kroll und seiner Kinder 1. Ehe war, und daher erst das Theilungsverfahren ergeben konnte, ob eine fremde Sache verkauft war, was nur eintrat, wenn dasselbe nicht dem Vater zufiel;

Daß nun aber unbestritten, nachdem durch jenen Vergleich der zweite Ankäufer Lorenzi auf seinen Ankauf verzichtet hatte, das Eigenthum des Hauses selbst von den Kindern nicht weiter in Anspruch genommen, sondern in dem Theilungsreceß vom 8. November 1858 statt des Hauses der von Stroisch

Digitized by Google

verschuldete Kaufpreis zur Masse eingeworfen und daraufhin die Theilung bewirkt ist;

Daß hierdurch also das Haus selbst als dem Vater, gegen den es verkauft war, durch die Theilung zugefallen angesehen und den Kindern für ihre Betheiligung die Entschädigung in deren Kaufpreis gegeben wurde;

Das mit Rücksicht hierauf und Art. 883 des B.-G.-B. die Sache daher in der Lage war, als ob nach dem Tode der ersten Ehefrau und zur Zeit der Subhastation der Vater alleiniger Eigenthümer des Hauses gewesen wäre, so daß der Art. 1599 nicht Anwendung finden kann.

J. E., daß, wenn hiernach die Subhastation überhaupt bestehen bleibt, dasselbe von der vom Appellanten dabei übernommenen Solidarbürgschaft gelten muß.

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die Berufung von dem Urtheil des Königl. Landgerichtes zu Koblenz vom 6. Februar 1871 u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 28. Januar 1872.

Advokaten: Rieth — Welter.

Erbschaftsretrakt ex Art. 841 B. G.-B. — Verkauf von Immobilar-Antheilen.

Die Ausübung des dem Miterben durch Art. 841 des B. G.-B. verliehenen Retrakts-Rechtes setzt voraus, daß sein Miterbe ein **ganzes** Recht auf die Erbschaft oder einen aliquoten Theil derselben auf einen Dritten übertragen hat.

Beim Uebertrag eines aliquoten Theiles von **bestimmten Immobilien** der Erbschaft ist die Ausübung nur dann zu verstatten, wenn der Dritte dadurch berechtigt sein würde, in die Angelegenheiten der Erbschaft sich einzumischen, die dazu gehörigen Urkunden zu untersuchen und an allen Verhandlungen unter den Erben sich zu betheiligen.

Ackermann — Heinen-Klein.

Aus der Ehe der in den Jahren 1856 und 1858 verstorbenen Ehe- und Ackersleute Nicolaus Ackermann und Luzia

Digitized by Google

Schwarz sind sieben Kinder hervorgegangen, zu welchen der im Jahre 1851 verstorbene Peter Ackermann gehörte, repräsentirt durch seine aus der Ehe mit Barbara Fuchs hervorgegangenen Kinder Luzia und Angela Ackermann, die Appellantinnen. Die übrigen sechs Kinder haben durch Notarialakt vom 2. August 1858 dessen Inhalt in dem Urtheile des Hofes näher angeführt ist, ihre Antheile an den ihren Eltern hinterlassenen Immobilien dem Lenz für 552 Thlr. verkauft, nachdem vorher die Mobilien des Nachlasses öffentlich versteigert waren. Die Rechte des Lenz aus dem vorliegenden Akte sind demnächst auf Wittwe Klein übergegangen. Am 15. Juli 1870 klagten die Kinder des Peter Ackermann gegen die Wittwe Klein bei dem Königl. Landgerichte zu Trier:

Daß ihnen das Recht zuerkannt werde, durch Erstattung des aufgewendeten Preises in die Rechte der Ehefrau Klein, modo des Johann Lenz aus dem Vertrage vom 2. August 1858 mit den sechs Geschwistern ihres Vaters Peter Ackermann einzutreten. Die Verklagte hat gegen diese Klage unter anderen Einreden, worauf es hier jedoch nicht ankommt, eingewendet:

Daß der am 2. August 1858 bewirkte Verkauf von Antheilen an bestimmt bezeichneten Immobilien als ein Erbschaftskauf im Sinne des Art. 841 des B. G.-B. und der Retraktsklage unterliegend nicht zu betrachten sei.

Das Königl. Landgericht zu Trier wies durch Urtheil vom 22. Dezember 1870 die Klage ab. Auf die Berufung der Kläger erkannte der Hof confirmatorisch durch folgendes

Urtheil.

J. E., daß zur Ausübung des im Art. 841 des B. G.-B. den Miterben verliehenen Rechtes es erforderlich ist, daß sein Miterbe sein Recht auf die Erbschaft einem zur Erbschaft nicht berufenen Dritten übertragen hat, daß die Absicht des Gesetzes unzweifelhaft nur dahin geht, zu verhindern, daß Fremde sich in die Familiengeheimnisse eindrängen oder die Erbtheilung erschweren können;

Daß auf der anderen Seite aber auch in Berücksichtigung zu ziehen ist, daß das Gesetz als eine Abweichung von dem gemeinen Rechte und insbesondere als Beschränkung des Eigenthumsrechtes strictissime zu interpretiren ist;

Daß daher im Allgemeinen jenes Recht von den Miterben nur dann auszuüben ist, wenn sein Miterbe sein ganzes Recht auf die Erbschaft oder einen aliquoten Theil derselben auf

Digitized by Google

einen Dritten übertragen hat, daß ihm aber auch dann dieses Recht zu verstatten, wenn ihm auch nur ein aliquoter Theil von bestimmten Immobilien der Erbschaft, aber in der Weise übertragen worden, daß er hierdurch berechtigt sein würde, in die Angelegenheiten der Erbschaft sich einzumischen, die dazu gehörigen Urkunden zu untersuchen und an allen Verhandlungen unter den Erben sich zu betheiligen;

J. E., daß im untergebenen Falle durch Notarialakt vom 2. August 1858 die 6 Kinder der Eheleute Nicolaus Ackermann und Luzia Schwarz an Johann Lenz, den Rechtsvorgänger der Appellatin, verkauft und übertragen haben zum vollen und ausschließlichen Eigenthum, unter der gesetzlichen Gewährleistung gegen alle Störungen und Evictionen, ihre Betheiligung, bestehend in sechs Siebentel unabgetheilt an den speciell nach Lage, Qualität und Größe näher bezeichneten 31 Grundstücken in der Gemeinde Mürlenbach, und sodann ihre unabgetheilte Betheiligung, bestehend in sechs Vierzehntel an den ebenso speziell bezeichneten sechs Grundstücken in derselben Gemeinde, daß dabei näher angegeben wurde, daß diese Grundstücke vor circa 13 Jahren durch die Eltern der Verkäufer und Jakob Fuchs von Theodor Mader gekauft, bei der später zwischen der Mutter der Verkäufer und dem ꝛc. Fuchs stattgehabten Theilung die ersterwähnten 31 Parzellen der Mutter der Verkäufer ausschließlich als Eigenthum zugetheilt, die übrigen Parzellen aber mit dem ꝛc. Fuchs in Unvertheiltheit besessen und benutzt worden, und von den ersterwähnten 31 Parzellen ein ungetheiltes Siebentel und von den übrigen ein ungetheiltes Vierzehntel den Appellanten gehörten, und dem Ankäufer überlassen bleibe, sich mit diesen auseinander zu theilen;

Daß nach diesem Vertrage die sechs Miterben bestimmte Theile von bestimmten nach Lage, Qualität und Größe genau bezeichneten Grundstücken an den Rechtsvorgänger der Appellatin übertragen haben, und daher bei der Auseinandersetzung der gegenwärtigen Parteien eine Einmischung der Appellatin in die Theilung des Nachlasses der Großeltern der Appellantinnen in keiner Weise erforderlich erscheint;

J. E., daß §. 7 des Vertrages vom 2. August 1858 zwar noch die Bestimmung enthält:

„in gegenwärtigem Kaufvertrage ist gemäß specieller Uebereinkunft zwischen den Contrahenten die Betheili-

Digitized by Google

gung der verkaufenden Geschwister Ackermann an sämmtlichen außer den obenbezeichneten noch vorfindenden Immobilien in der Gemeinde Mürlenbach eingeschlossen, von denen sich nachweisen läßt, daß sie zum Nachlasse der Eltern derselben gehören";

Daß der letzteren nach der ganzen Fassung und ihrer Stellung in dem Vertrage indessen nur die Bedeutung gegeben werden kann, daß Alles, was zu den von den Großeltern der Appellantinnen und Fuchs im Jahre 1845 von Theodor Mader gekauften Grundstücken gehören und in der Gemeinde Mürlenbach gelegen sei, in dem Verkauf inbegriffen sein solle, nicht aber etwa sonst noch zu dem Nachlasse der Großeltern der Appellanten gehörige Grundstücke, und dieses um so mehr, als von keiner Seite auch nur die Behauptung aufgestellt worden, daß die Appellatin oder ihre Rechtsvorgänger, außer den im Vertrag vom 2. August 1858 speciell bezeichneten und aufgeführten Grundstücken, noch andere als zum Nachlasse der Großeltern der Appellantinnen gehörige in Anspruch genommen haben oder zu nehmen beabsichtigen, zur Feststellung jener Momente aber es einer Einmischung in die Theilung des Nachlasses der Großeltern der Appellantinnen ebenwenig bedarf, sonach kein Grund vorhanden, den Appellantinnen das im Art. 841 B. G.-B. dem Miterben zugebilligte Recht zu gewähren.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. Appell-Ger.-Hof die Berufung wider das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Trier vom 22. Dezember 1870 mit Strafe und Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 28. Juni 1872.

Advokaten: Drewcke — Franken

Subhastation. — Titel. — Contumazial-Urtheil — Peremtion. — Urtheil gegen Minderjährige.

Ein in erster Instanz gegen die Partei ergangenes Contumazial-Urtheil kann zur Einleitung des Subhastations-Verfahrens dienen; dasselbe unterliegt nicht der Peremtion, wenn nur innerhalb der gesetzlichen Frist die Beschlagnahme-Verfügung erwirkt und zugestellt ist.

Digitized by Google

Der definitive Zuschlag kann indeß nicht eher erfolgen, als bis das Urtheil durch Ablauf der Fristen für die Einlegung der suspensiven Rechtsmittel, namentlich also bei einem Urtheil gegen Minderjährige durch den Ablauf von 3 Monaten nach Zustellung an den Nebenvormund rechtskräftig geworden ist.

Krupp — Krupp.

Das Landgericht in Koblenz hatte über obige Sätze erkannt wie folgt:

J. E., daß das Contumazial-Urtheil der diesseitigen Stelle vom 23. März v. J., auf welchem das vorliegende Subhastations-Verfahren basirt, allerdings dem Nebenvormunde der opponentischen Minorennen nicht zugestellt worden, daher dasselbe nach Art. 444 B. Pr.-O. diesen Minorennen gegenüber die Rechtskraft noch nicht erlangt hat;

Daß indessen Art. 551 l. c. nur einen executorischen im Sinne des Art. 545 ib. ausgefertigten Titel zur Einleitung der Immobilar-Execution für erforderlich erklärt, ohne der Rechtskraft des Titels, falls dieser ein Urtheil ist, als eines weiteren Erfordernisses zu erwähnen;

Daß hierzu noch kommt, daß der Art. 159 B. Pr.-O. die Immobilarbeschlagnahme ausdrücklich als ein Mittel bezeichnet, Contumazial-Urtheile, welche gegen eine Partei ohne Anwalt ergangen waren, vor der Peremtion zu schützen resp. dieselben durch Opposition unangreifbar zu machen;

Daß der Gesetzgeber, der die vorstehenden Vorschriften erließ, hierdurch aber deutlich zu erkennen gegeben hat, daß es nicht sein Wille sei, daß die Immobilar-Execution erst dann eintreten dürfe, wenn das Urtheil, auf Grund dessen dieselbe stattfinden soll, rechtskräftig geworden sei;

Daß durch diese Verfügungen daher den ältern Bestimmungen des Art. 2215 l. c. derogirt erscheint und demgemäß insbesondere die Vorschrift des al. 2. dieses Artikels sich nur auf Contumazial-Urtheile gegen Anwalt beziehen kann;

Daß das Urtheil vom 23. März v. J. auch nicht der Peremtion des Art 156 B. Pr.-O. unterliegt, indem auf Grund desselben am 11. August d. J. durch den competenten Friedensrichter die Beschlagnahme der Immobilien verfügt und diese Verfügung dem Opponenten in seiner doppelten Eigenschaft,

Digitized by Google

in welcher er in diesem Verfahren figurirt, am 21. des nämlichen Monats, also vor Ablauf von 6 Monaten vom Tage des Urtheils an gerechnet zugestellt worden war;

Daß allerdings die Lizitation am 17. Januar d. J., also nach Verlauf jener 6 Monate stattgefunden hat, dieser Umstand aber dem Oppositen nicht zugerechnet werden darf, da nach §. 11 der Subhastations-Ordnung der Friedensrichter das Subhastations-Patent selbstständig ohne Zuziehung der Parteien entwirft und dem extrahirenden Theile demnach ein Einfluß auf die Bestimmung des Zeitpunktes der Lizitation nicht zusteht, so daß es gleichgültig erscheint, daß bei Ablauf der erwähnten Frist das Executions-Verfahren noch nicht vollständig zu Ende geführt war.

Der Hof erkannte reformatorisch wie folgt:

J. E, daß den Ausführungen des ersten Richters beizupflichten ist, soweit die Opposition gegen die Lizitation nicht auf die Bestimmung des Art. 2215 des B. G.-B. gestützt wird;

Daß in dieser Beziehung der fragliche Artikel zwar das allgemeine Princip des französischen Civil-Prozesses, wonach jedes Urtheil, soweit und so lange es nicht durch ein Rechtsmittel wirklich angegriffen ist, vollstreckt werden kann, auch für die Immobilar-Execution anerkennt, dabei jedoch die sich als eine absichtliche Ausnahme charakterisirende Bestimmung enthält, daß der definitive Zuschlag erst erfolgen könne, wenn das Urtheil letzter Instanz, oder rechtskräftig sei;

Daß hiernach die Fristen zur Einlegung suspensiver Rechtsmittel vor dem Zuschlage abgelaufen sein müssen;

Daß aber untergebens dies rücksichtlich der appellantischen Minorennen nicht der Fall ist, da die nach Art. 444 der B. Pr.-O. nöthige Zustellung des Urtheils an den Nebenvormund nicht geschehen ist, in welcher Beziehung es unerheblich ist, ob etwa der zeitweilige Nebenvormund gestorben ist, da dann die Ernennung eines neuen zu erwirken war;

Daß hiernach das Subhastations-Verfahren zwar gültig eingeleitet, aber der definitive Zuschlag nicht ertheilt werden konnte.

Aus diesen Gründen

hebt der Hof . . . den in dieser Lizitation ertheilten Zuschlag wieder auf, hält im Uebrigen das eingeleitete Subhastations-Verfahren bis einschließlich der Beschlagnahme aufrecht ꝛc.

II. Senat. Sitzung vom 4. Juli 1872.

Advokaten: Rieth — Lautz.

Digitized by Google

Rheinstrom. — Grenze zwischen Flußbett und Ufer.

Die Frage, wo das Flußbett des Rheines aufhört und wo das nützbare Eigenthum von Privaten oder des Fiskus an den Ufern anfängt, ist nicht nach den über die Höhe des Wasserstandes mit Bezug auf die Schifffahrt ergangenen strompolizeilichen Gesetzen und Verfügungen, sondern immer nur in concreto nach Maaßgabe der von der Natur selbst durch einen dauernd anhaltenden vorherrschenden Wasserstand bewirkten und gezogenen sichtbaren Gränze und mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des diesseitigen und jenseitigen Terrains mit den darauf befindlichen Anlagen, seiner Vegetationsfähigkeit, seinem bisherigen Culturzustande und andern lokalen Momenten zu beurtheilen und zu entscheiden.*)

Regierung zu Düsseldorf — Gebr. Kampf — Stadt Düsseldorf — Bergisch-Märkische Eisenbahn.

Das hier fragliche Terrain, gelegen zwischen dem Rheine und unbestrittenem Eigenthum der Gebrüder Kampf zu Neustadt-Düsseldorf, ist für die Bergisch-Märkische Verbindungsbahn von Düsseldorf nach Neuß expropriirt worden gegen die Gebrüder Kampf und die Stadtgemeinde Düsseldorf, welche Beide Ansprüche auf die provisorisch festgestellte Entschädigungssumme erhoben. In den darüber zwischen den Prätendenten und der Bergisch-Märkischen Bahn erhobenen Prozeß intervenirte die Königliche Regierung zu Düsseldorf unter der Behauptung, daß die Entschädigung dem Fiskus als Eigenthümer des dem commercium entzogenen Flußbettes zukommen müßte.

Das Landgericht in Düsseldorf erkannte interlokutorisch unterm 22. Dezember 1869 und 10. Maj 1871 auf Expertise, resp. Zeugenbeweis. Das erstere Zwischen-Urtheil besagt:

J. E., daß in dem Begriffe „Strom" oder „Fluß" der Natur der Sache nach auch das Flußbett oder die Stromrinne als eingeschlossen gedacht werden muß und zwar bis zu derjenigen Höhe des Ufers, daß es im Stande ist die gesammte, unter normalen Verhältnissen, unter Ausschluß aller

*) Conf. Archiv 52. 1. 129 u. 52. 2B 17.

Digitized by Google

außergewöhnlichen Einwirkungen herabströmende Wassermenge in sich aufzunehmen, ohne über die Ufer auszutreten;

Daß dieser, aus den natürlichen Verhältnissen entspringenden, im römischen Rechte ausdrücklich anerkannten Auffassung auch durch die jetzt geltenden Gesetze nirgendwo entgegengetreten wird;

Daß, wenn daher nach Art. 538 des B. G.-B. die Ufer der schiffbaren Flüsse bis zu der gedachten Höhe als unveräußerliches und unverjährbares Staatseigenthum angesehen werden müssen, die Ermittelung dieser Höhe in casu nur durch Experten erfolgen kann, und dem Antrage der Königlichen Regierung gemäß demnach hierauf zu erkennen ist,

Verordnet das Königliche Landgericht vor weiterer Entscheidung die Einholung eines Gutachtens dreier Sachverständigen darüber:

„ob und wie weit das in Rede stehende zu Gunsten der „Bergisch-Märkischen Eisenbahn-Gesellschaft expropriirte Ter„rain sich innerhalb oder westlich derjenigen Uferlinie des „Rheinbettes befindet, die den höchsten gewöhnlichen Wasser„stand bezeichnet, welchen der Rheinstrom haben kann, ohne „über seine Ufer zu treten."

Das nach stattgehabter Expertise erlassene Urtheil lautet dagegen:

J. E., daß die Expertise vom 27. Juni 1870, indem sie als den höchsten gewöhnlichen Wasserstand des Rheinstromes denjenigen annimmt, bei welchem der Strom aufhört, eine öffentliche Fahrstraße der Schifffahrt zu sein, und über welchen hinaus die Ausübung der Schifffahrt verboten ist, die ihr durch das Urtheil vom 22. Dezember 1869 gestellte Aufgabe verkannt hat, da dieser Zustand des Rheines als ein abnormer betrachtet werden muß, während gerade der normale Zustand und damit die Grenze seines Flußbettes ermittelt werden sollte;

Daß sie daher mit Unrecht die Bestimmung der Schifffahrts-Polizei-Ordnung vom 10. Juni 1851, wonach jener höchste Wasserstand — und zwar nur in polizeilicher Hinsicht — als bei 24 Fuß am Düsseldorfer Pegel eintretend angenommen wird, als Ausgangspunkt zu Grunde gelegt hat;

Daß als normaler, durch die Expertise zu ermitteln gewesener Wasserstand, wie er untergebens in Frage kommt, derjenige angesehen werden muß, der sich in Folge der gewöhn-

Digitized by Google

lichen und regelmäßig eintretenden Zuflüsse im Laufe des Jahres als der mittlere herausstellt;

Daß dieser mittlere Wasserstand im Zusatze zu §. 21 der angezogenen Verordnung auf 9 Fuß an den preußischen Pegeln des Rheines bestimmt wird; daß übereinstimmend hiermit, auch die Uferbauten der Königlichen Strombauverwaltung behufs der Rheincorrectur, wie Seitens der Königlichen Regierung zugegeben wird, bis zu dieser Pegelhöhe gemacht werden und nur soweit eine Verpflichtung derselben dazu anerkannt wird;

Daß ebenso in dem von Klägern vorgelegten, mit der Königlichen Regierung abgeschlossenen Jagdpachtvertrage von dieser der Wasserstand von 9 Fuß als der normale angegeben wird;

Das dieser Wasserstand daher als maaßgebend für die Bestimmung des Flußbettes des Rheines mit Rücksicht auf Art. 538 des B. G=B. angenommen werden muß, und es dabei nicht weiter auf die Ermittelung der speciellen localen Verhältnisse ankommen kann, es also auch einer ferneren Expertise nicht mehr bedarf;

Daß jedoch, da von Seiten der Königlichen Regierung behauptet wird, daß ein Theil des streitigen Terrains auch noch unter dieser Pegelhöhe liege, die Ermittelung dieses Theiles durch Nivellirung und Vermessung geschehen muß, daß im Uebrigen den Klägern resp. den Verklagten und Intervenienten der Beweis des Eigenthums am fraglichen Terrain, da es allseitig bestritten wird, obliegt;

Daß die von ihnen zum Beweise erbotenen Thatsachen auch zulässig und relevant sind, und es zweckmäßig erscheint, schon jetzt auf diesen Beweis zu erkennen, daß jedoch der von den Klägern erbotene Beweis des Annalbesitzes nicht genügend erscheint, weil von allen drei Prätendenten das Eigenthum resp. die Entschädigung dafür in Anspruch genommen wird;

Daß ebensowenig mit Rücksicht auf die vorgelegten Karten und Urkunden der eventuell erbotene Beweis des zehnjährigen Besitzes zuzulassen ist, da durch dieselben nicht hinreichend dargethan wird, wie weit sich der Besitz des streitigen Terrains Seitens des einen oder andern dieser Prätendenten erstreckt;

Daß es daher überall auf die erbotenen Beweise des dreißigjährigen Besitzes und die resp. Gegenbeweise ankommt

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

verordnet das Königliche Landgericht, daß durch Nivellirung und Vermessung festgestellt werde, ob und in wie weit das in Rede stehende, zu Gunsten der Bergisch-Märkischen Eisenbahn-Gesellschaft expropriirte Terrain sich unterhalb der Höhe von 9 Fuß des Düsseldorfer Pegels befindet, beauftragt mit dieser Operation den ꝛc. ꝛc. (folgen umständliche Beweissätze über die Besitzhandlungen der einzelnen Prätendenten.)

Ehe es zur Zeugenvernehmung kam, legte die Königliche Regierung gegen das letztere Interlokut allen anderen Parteien gegenüber die Berufung zum Hofe ein. Unter Benutzung der bisherigen Jurisprudenz*) ventilirte man im Wesentlichen die Frage, ob und wie weit das Ufer als zum Flußbett gehörig betrachtet werden müsse, ob event. eine Ergänzungsexpertise erforderlich sei, und wie solche zu normiren.

In Uebereinstimmung mit den Conclusionen des öffentl. Ministeriums verwarf der Hof die Berufung durch folgendes

Urtheil:

In E., daß die appellantische Regierung, obschon sie selbst laut Beschluß vom 12. August 1868 die Expropriation des von ihr als streitig zwischen den Appellaten Kampf und der Stadt Düsseldorf bezeichneten Terrains von 177 Ruthen 90 Fuß eingeleitet und zu Gunsten der Bergisch-Märkischen Eisenbahn-Gesellschaft Besitzeinweisungs-Urtheil vom 25. August ejusdem erwirkt hat, gleichwohl nunmehr dazu übergegangen ist, die ganze vorläufig festgesetzte und event. noch näher zu ermittelnde Entschädigung für das expropriirte Areal sammt Pertinenzien für sich in Anspruch zu nehmen, unter der Behauptung, daß dasselbe Flußbett des Rheines sei und als solches ihr gehöre;

Daß jedoch, was den Beweis dieser Behauptung betrifft, schon in dem Urtheile a quo mit Recht darauf hingewiesen ist, daß hierfür sowohl die über die Schifffahrt auf dem Rheine ergangenen strompolizeilichen Gesetze und Verfügungen als auch die lediglich auf denselben fußende Expertise vom 27. Juni 1870, wonach als höchster gewöhnlicher Wasserstand des Rheines der von 24 Fuß am Düsseldorfer Pegel anzunehmen sei, ohne allen Werth erscheinen, da es sich hier gar

*) Conf. Rhein. Archiv. 52, 1, 129 und Abhandlung dazu, in 52 2 Abthl. B. p. 17. ff.

Digitized by Google

nicht von den Rechten des Fiskus handelt, welche er im allgemeinen und öffentlichen Interesse etwa auszuüben berufen ist, sondern nur von solchen, die ihm als nutzbarer Eigenthümer des Grund und Bodens an dem Ufer des Rheines zustehen, soweit letzteres zu dessen Bett zu rechnen ist;

J. E., daß das Gesetz im Artikel 538 des B. G.-B. verbunden mit Artikel 556, 560 und 650 ibidem nur den schiffbaren Fluß selbst, nicht aber, wie dies bezüglich des Meeres der Fall, die Ufer des Flusses für Eigenthum des Staates erklärt hat, und selbstverständlich zum Flusse auch dessen Bett gehört, — die Frage aber, wo das Flußbett aufhört und das Ufer anfängt, immer nur in concreto nach Maßgabe der von der Natur selbst durch einen dauernd anhaltenden, vorherrschenden Wasserstand bewirkten und gezogenen sichtbaren Gränze und mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des diesseitigen und jenseitigen Terrains mit den darauf befindlichen Anlagen, seiner Vegetations-Fähigkeit, seinem bisherigen Culturzustande und anderen lokalen Momenten nach beurtheilt und entschieden werden kann;

Daß es daher auch willkürlich ist, wenn der erste Richter diese Gränze zwischen Bett und Ufer hier auf Grund des §. 21 der Verordnung über das Befahren des Rheines vom 10. Juni 1851 als durch einen mittleren Wasserstand von 9 Fuß Pegelhöhe gegeben, jetzt schon fixirt hat, wenngleich nach dem bis jetzt vorhandenen Beweis-Material nicht verkannt werden kann, daß diese Annahme annähernd richtig und den faktischen Verhältnissen des vorliegenden Falles ungefähr entsprechend zu sein scheint;

Daß indessen die über die Natur und die bisherige Benutzung des streitigen Terrains in allen seinen Theilen erbotenen und aufgegebenen Beweise, welche sämmtlich darauf hinauslaufen, daß dasselbe in der That nicht Flußbett des Rheines gewesen sei, auch in der hier fraglichen Beziehung vollständig geeignete Aufklärung verschaffen werden, um danach event. auch die Gränze des fiskalischen Eigenthums mit Sicherheit feststellen zu können, und es den Verhandlungen der ersten Instanz nach erfolgter Aufnahme der erkannten Zeugen-Beweise vorbehalten bleibt, auf die Einholung eines Gutachtens von Sachverständigen zurückzukommen, falls dies nach der

Digitized by Google

einen oder der anderen Richtung hin noch für erforderlich erachtet werden möchte;

Daß im Uebrigen die fiskalischer Seits in dieser Instanz genommenen Subsidiar-Anträge auf Vervollständigung der Expertise vom 27. Juni 1870 theils nach dem Gesagten als unerheblich, theils nach den bereits aufgenommenen Karten und Plänen als erledigt sich darstellen, und Appellantin sonach durch die angegriffene Entscheidung nicht beschwert erscheint.

Aus diesen Gründen

verwirft ꝛc.

I. Senat. Sitzung vom 3. Juli 1872.

Advokaten: Esser I. — Franken, Nacken und Wallraf.

Kosten der Zustellung von Denkschriften und Urtheilen eines Appellaten an die Mit-Appellaten.

Die lediglich gegen die Anträge des Appellanten gerichtete Denkschrift eines Appellaten bedarf nicht der abschriftlichen Mittheilung an den Anwalt des Coappellaten. Ebensowenig bedarf es der Zustellung des obsiegenden Urtheils durch einen Appellaten an die Coappellaten. Die Kosten dieser Zustellung und Mittheilung können, wenn sie dessen ungeachtet geschehen sind, nicht in der Kosten-Rechnung des appellatischen Anwaltes gegen den Appellanten passiren.

Metz und Consorten — Krautwig und Consorten.

Durch Urtheil des Hofes vom 10. Mai 1872 sind den Appellanten Metz und Genossen die Kosten der von ihnen eingelegten Berufung zur Last gelegt worden. Die Appellaten waren durch vier Anwälte vertreten, wovon 3 den Kostenpunkt mit dem Anwalt der Appellanten gütlich regulirten. Die durch den 4ten Anwalt vertretenen Appellaten ließen unterm 26. Juni 1872 für 82 Thlr. 2 Sg. 3 Pf. Kosten-Exekutorium erwirken und am 3. Juli dem appellantischen Anwalt zustellen. Hiergegen legten die Appellanten unterm 5. dss. M. Opposition ein, in so weit ihnen die dreifachen Kosten der Zustellungen und Copien der Erwiderungsschrift und Urtheilsausfertigung an die Mit-

Digitized by Google

Appellaten unberechtigter und unnöthiger Weise in Rechnung gestellt seien. Für die Oppositen wurde auf die besondere Natur der ursprünglichen Theilungsklage als judicium duplex und auf einen langjährigen usus beim Hofe verwiesen.

Der Hof gab der Opposition in allen Theilen nach durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß die durch die Anwälte Nacken, Dubelman und Schlink vertretenen Appellaten keine Anträge gegen die Parteien des Anwalts Ehrhard genommen, vielmehr sämmtliche Appellaten nur den Appellanten Metz und Krupp gegenüber gestanden und übereinstimmend die Verwerfung der von diesen eingelegten Berufung begehrt haben; daß deshalb die Parteien des Anwalts Ehrhard ein rechtliches Interesse nicht haben konnten, die lediglich gegen die Anträge der Appellanten gerichtete Denkschrift ihres Anwalts den Anwälten der übrigen Appellaten mitzutheilen, und daß demnach die Appellanten nicht verpflichtet erscheinen, die durch jene Zustellungen entstandenen Kosten den durch Anwalt Ehrhard vertretenen Parteien zu ersetzen;

J. E., daß auch die Zustellung des Urtheils des Hofes an den Anwalt der Appellanten für die Parteien des Anwalts Ehrhard vollständig ausreichend war, um die ihnen zuerkannten Ansprüche weiter zu verfolgen, und daß es hierzu einer Zustellung des Urtheils an die übrigen Appellaten keineswegs bedurfte; daß die Appellanten sonach auch nicht gehalten sein können, die durch jene unnöthigen Zustellungen erwachsenen Kosten zurückzuerstatten;

Aus diesen Gründen

nimmt der Kgl. Rheinische Appellations-Gerichtshof den Einspruch gegen das am 26. Juni 1872 erlassene Kosten-Executorium als begründet an, kürzt in der Kostenrechnung des Advokat-Anwalts Ehrhard den Posten 7 um 33 Frcs. vierzig Cent. und den Posten 15 um 31 Frcs. 98 Cent. sowie um 1 Thlr. 3 Sgr., setzt demnach die Rechnung auf 63 Thlr. 16 Sgr. 1 Pfg. anstatt auf 82 Thlr. 2 Sgr. 3 Pfg. fest und legt den durch Advokat-Anwalt Ehrhard vertretenen Parteien die Kosten der Opposition zur Last.

III. Senat. Sitzung vom 10. Juli 1872.

Advokaten: Franken — Ehrhard.

Digitized by Google

Offene Gesellschaft. — Commanditair. — Haftbarkeit für frühere Schulden.

Der Commanditair, der als solcher in eine bestehende offene Handelsgesellschaft tritt, haftet noch wenn sein Eintritt nicht in das Handels-Register eingetragen ist, für die vor dem Eintritt entstandenen Schulden der Gesellschaft nicht wie ein persönlich haftender Gesellschafter.

(Handels-G.-B. Art. 163, 166, 165, 113.)

Heydland und Dillenberger waren Inhaber der offenen Handels-Gesellschaft unter der Firma Heydland u. Comp. und verschuldeten dem Appellanten Wever für von diesem erhaltene Lieferungen einen Saldo von ca. 2557 Thlr. Am 7. August 1868 trat Dillenberg als Commanditair in diese Gesellschaft, ohne daß indeß hierüber eine Eintragung ins Handelsregister erfolgte.

Am 2. April 1869 fallirte die Gesellschaft und Wever verlangte nun von dem Commanditair die Zahlung seiner ganzen Forderung auf Grund der Schlußbestimmung des Art. 163 des Handels-G.-B., subsidiarisch behauptete er auch, daß sich ihm gegenüber Dillenberg als Gesellschafter dargestellt habe. Das Handelsgericht zu Elberfeld in seinem Urtheil vom 19. April 1871 hielt den Art. 163 hier nicht für maßgebend und erkannte mit Rücksicht auf die subsidiairen Behauptungen des Klägers auf Beweis.

Dagegen Berufung von Wever u. Comp., welche der Rh. Appell.-Gerichtshof aus folgenden Erwägungen verwarf:

In E., daß das durch den Act vom 7. August 1868 zwischen Heydland u. Comp und dem Appellaten begründete Gesellschaftsverhältniß nur als Commandit-Gesellschaft beurtheilt werden kann, da die Contrahenten es ausdrücklich als solches bezeichnen, und die einzelnen Bestimmungen dem nicht widersprechen;

In E., die Haftbarkeit des Commanditairs, des Appellaten, betreffend, daß thatsächlich feststeht, daß unter der Firma Heydland u. Comp. eine offene Handelsgesellschaft zwischen Heydland und Dillenberger errichtet und eingetragen war, in welche durch Act vom 7. August 1868 der Appellat als Commanditair eintrat, ohne daß dies im Handelsregister eingetragen wurde, sowie daß die eingeklagte Forderung des

Digitized by Google

Appellanten gegen die Firma Heydland u. Comp. vor dem Eintritt des Commanditairs Dillenberg entstanden ist;

J. E., daß der Art. 163 des B. G.-B. bestimmt, daß die Commandit-Gesellschaft Dritten gegenüber ihren Anfang nimmt von dem Tage an, wo sie eingetragen, oder wo die Geschäfte begonnen sind, und daß wenn letzteres vor der Eintragung geschieht, der Commanditair für die bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter haftet;

J. E., daß nun dieser Artikel, und insbesondere in seiner Schlußbestimmung, nicht auf den Fall beschränkt werden kann, wenn Einzelne eine neue Commandit-Gesellschaft gründen, sondern auch dann Anwendung finden muß, wenn eine schon bestehende offene Gesellschaft ohne Aenderung der Firma einen Commanditair aufnimmt, weil der Art. 166, welcher bestimmt, daß der in eine bestehende Handelsgesellschaft eintretende Commanditair nach Maßgabe des Art. 165 für die frühern Verbindlichkeiten der Gesellschaft hafte, und der Art. 165 ihn nur mit seiner Einlage dafür haftbar erklärt, — nach seinem Zusammenhang nur den regelmäßigen Fall der eingetragenen Commandit-Gesellschaft vor Augen hat, wie sich schon aus seiner Beziehung zu Art. 165 ergibt, der eben nur die natürlichen rechtlichen Consequenzen der Commandit-Gesellschaft regelt, wodurch die specielle, für den Fall der Nichteintragung im Art. 163 gegebene Ausnahme-Bestimmung nicht berührt wird;

Daß sich aber immerhin fragt, ob diese Ausnahme-Bestimmung den nicht eingetragenen Commanditair auch für die frühern Schulden persönlich verantwortlich machen will;

J. E., daß sich hierfür zwar sagen läßt, daß durch diese Bestimmung die Commandit-Gesellschaft bis zu ihrer Eintragung der offenen gleichgestellt werde, und bei einer solchen nach Art. 113 der neu hinzutretende Gesellschafter für die frühern Schulden ebenso wie für die spätern verhaftet sei; daß indessen das Gesetz diesen Satz doch nicht so allgemein aufstellt, daß bis zur Eintragung die Commandit-Gesellschaft wie eine offene, der Commanditair wie ein offner Gesellschafter zu betrachten sei, sondern nur eine einzelne Bestimmung über die Haftbarkeit enthält, die an sich aus der Natur des Commandit-Vertrags nicht herzuleiten wäre

Digitized by Google

— cfr. Art. 165 —, und als eine Ausnahme-Bestimmung nicht über ihren Wortverstand auszudehnen ist;

Daß aber, wenn der Art. 163 in dieser Beziehung sagt: „Hat die Gesellschaft vor der Eintragung ihre Geschäfte begonnen, so haftet jeder Commanditair dritten Personen gegenüber für die bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter" darunter nur solche Verbindlichkeiten verstanden werden können, welche aus den begonnenen Geschäften entstanden sind, und dies um so mehr anzunehmen ist, als der Artikel der etwaigen ältern Verbindlichkeiten nicht erwähnt, während die Art. 113, 166 zeigen, daß die Frage wie ein in eine bestehende Gesellschaft eintretender neuer Gesellschafter zu den ältern Verbindlichkeiten sich verhalte, allerdings von dem Gesetz speciell im Auge gehalten wurde, und eine Ausdehnung der fraglichen Schlußbestimmung des Art. 163 auch auf solche ältere Verbindlichkeiten, wenn beabsichtigt, zweifelsohne ausdrücklich hervorgehoben und im Art. 166 auch auf Art. 163 in fine Bezug genommen worden wäre;

J. E., daß auch eine analoge Ausdehnung derselben deshalb nicht statthaft erscheint, weil das Verhältniß der früheren Gläubiger der offenen Gesellschaft zu der neu errichteten Commandit-Gesellschaft ein anderes ist, als das derjenigen Gläubiger welche erst nach Begründung der neuen Commandit-Gesellschaft mit derselben contrahirt haben, da die letztern in der That immer schon vermöge des mit dem persönlich haftenden Gesellschafter abgeschlossenen Geschäfts persönliche Gläubiger des Commanditairs werden, welcher die Beschränkung seiner Verbindlichkeit nur geltend machen kann, wenn die Eintragung in's Handelsregister Statt gefunden hat, während die ältern Gläubiger aus ihrem Geschäfte selbst direct in irgend einem Verhältniß zu dem Commanditair nicht stehen, sondern erst durch den Commandit-Vertrag in ein solches treten, in Beziehung auf sie daher auch ein genügender Grund nicht vorliegen würde die Folgen der durch diesen Commandit-Vertrag entstandenen für sie nur vortheilhaften Vermehrung des Gesellschafts-Capitals noch weiter auszudehnen, als sie durch die Natur des Commandit-Vertrags gesetzlich (Art. 165) begründet sind.

J. E., daß hiernach die Berufung nicht begründet erscheint.

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

verwirft der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die wider das Urtheil des Handels-Gerichts zu Elberfeld vom 19. April 1871 eingelegte Berufung mit Strafe und Kosten

II. Senat. Sitzung vom 19. October 1872.

Advokaten: Drewcke — Pheifer.

Geltung der Forstordonnanz von 1669 in den belgischen Departements. — Weidegerechtsame einer Gemeinde an Staatswaldungen. — Auftreiben in einer Heerde — Ersitzung.

Die unter Strafe vorgeschriebenen Bestimmungen der Forstordonnanz von 1669, speciell der Art. 6 tit. XIX, gelten auch in den vormals belgischen Departements.

Die Bestimmung dieses Artikels, daß bei Ausübung einer Weidegerechtsame an Statswaldungen das Vieh einer und derselben Gemeinde **oder** Ortschaft (de la même paroisse **ou** hameau) in einer einzigen Heerde aufzutreiben ist, hat nicht den Sinn, daß jedes Mal, wenn eine Gemeinde aus verschiedenen Ortschaften besteht, für jeden derselben eine besondere Heerde aufgetrieben werden könne, denkt vielmehr lediglich an den Fall, daß nicht die ganze Gemeinde, sondern nur eine Ortschaft derselben weideberechtigt ist.*)

*) Diese Auslegung des Artikels findet eine weitere Unterstützung in der Fassung des sich an die Bestimmungen der Forstordonnanz anlehnenden französischen code Forestier vom 21. Mai 1827 und der Diskussion desselben in der Deputirtenkammer (Dalloz A. 25 S. 81 Nro. 40.) Im Regierungs-Entwurfe war nämlich in den betreffenden beiden Art. 72 und 73 die Auftreibung des Viehs in einer Heerde und die Bezeichnung desselben mit einer und derselben Marke ausdrücklich für jede Gemeinde (chaque commune) vorgeschrieben und als man dann auf den Vorschlag der Commission der Deputirten-Kammer in beiden Artikeln die Worte „ou section de commune" zusetzte, war dieser Vorschlag nicht damit motivirt, daß es den getrennten Abtheilungen von weideberechtigten Gemeinden zu ihrer Bequemlichkeit gestattet sein müsse, besondere Marken zu führen und in besonderen Heerden ihr Vieh aufzutreiben, sondern lediglich damit, daß es Gemeinden gebe, von welchen nur eine Abtheilung weideberechtigt sei.

Digitized by Google

Dieſer forſtpolizeilichen Vorſchrift gegenüber kann eine weideberechtigte Gemeinde ein Recht auf Ausübung der Weidegerechtſame mit verſchiedenen Heerden nicht durch Erſitzung erwerben.*)

Gemeinde Raeren — Königl Regierung zu Aachen.

Der aus den 4 Ortſchaften: Neudorf, Botz, Rott, Petergensfeld beſtehenden Gemeinde Raeren (Neudorf) ſteht an dem Königl. Walde der Oberförſterei Eupen, Hertogenwald genannt, eine Weidegerechtſame für Hornvieh zu und übte ſie dieſelbe durch Auftreiben von 4 getrennten Heerden, nämlich einer für jede der 4 Ortſchaften, aus.

Durch Verfügung vom 7. Januar 1870 unterſagte die Königl. Regierung zu Aachen der Gemeinde dieſe Art der Ausübung ihrer Gerechtſame und verlangte, daß die Gemeinde das geſammte Vieh in einer und derſelben Heerde auftreibe. Die Verfügung wurde geſtützt auf Art. 6 Tit. XIX der Forſtordonnanz vom Auguſt 1669. (Bormann und Daniels B. I. S. 45):

Tous les bestiaux appartenants aux usagers d'une même paroisse on hameau, ayant droit d'usage, seront marqués d'une même marque, dont l'empreinte sera mise au greffe, avant que de les pouvoir envoyer au pâturage, et chacun jour assemblés en un lieu, qui sera destiné pour chacun bourg, village ou hameau, en un seul troupeau, et conduits qar un seul chemin qui sera designé par les officiers de la maîtrise le plus commode et le mieux defendu, sans qu'il soit permis de changer et prendre une autre route allant et retournant, à peine de confiscation des bestiaux, amende arbitraire contre les propriétaires des bestiaux et de punition exemplaire contre les patres et gardes.

In Folge dieſer Verfügung erhob die Gemeinde durch Gerichtsvollzieher-Act vom 25. Februar 1870 gegen die Königl. Regierung Klage zum Landgericht in Aachen dahin, daß ſie für berechtigt erklärt werde, die ihr an dem Herto-

*) Vgl. die Citate bei Sirey Gilbert Nro. 2 zu Art. 72. Code Forestier.

Digitized by Google

genwald zuſtehende Weidegerechtſame mit 4 getrennten Heerden, wie angegeben, auszuüben.

Zur Begründung der Klage, wie ihrer demnächſtigen Berufung gegen das bei dem Königl. Landgerichte ergangene abweiſende Urtheil machte die Gemeinde zunächſt geltend, daß der Tit. XIX. der Forſtordonnanz in dem Ourthe-Departement, wozu Raeren und der Hertogenwald gehörte, wie überhaupt in den belgiſchen Departements nicht publizirt ſei, wogegen ſich die Königl. Regierung auf die Ausführung in den Urtheilen Arch. 6, 2, 14 und 10, 2, 47 bezog.

Sodann ſtritten aber die Parteien über die Auslegung des in Rede ſtehenden Artikels. Die Gemeinde behauptete, daß es ſich bei der Gegenüberſtellung von paroisse ou hameau im Eingang des Artikels um die zwei Fälle handele, daß die weideberechtigte Gemeinde aus einer einzigen oder aus mehreren räumlich getrennten Ortſchaften beſtehe und daß demgemäß, wenn wie hier letzteres der Fall ſei, die Bezeichnung des Viehs mit einer und derſelben Marke, wie die Auftreibung in einer und derſelben Heerde nur für jede einzelne Ortſchaft der Gemeinde verlangt werde, während die Regierung in dem Zuſatz ayant droit d'usage den deutlichen Nachweis fand, daß bei der Alternative «ou hameau» lediglich an den Fall gedacht werde, daß nicht die ganze Gemeinde ſondern nur ein Theil derſelben weideberechtigt ſei.

Sollte man aber auch Letzteres annehmen, ſo treffe das, wie die Gemeinde ferner ausführte, jedenfalls nur für die Eingangs vorgeſchriebene Bezeichnung des Viehs mit einer Marke zu; dagegen ſei die Auftreibung in einer Heerde im Verfolg des Artikels ausdrücklich nur für jede einzelne Ortſchaft vorgeſchrieben (pour chacun bourg, village ou hameau). Eine derartige verſchiedene Ausdehnung der beiden Vorſchriften hielt die Regierung bei dem zwiſchen denſelben beſtehenden Zuſammenhange für unmöglich von dem Geſetzgeber beabſichtigt und machte überdies darauf aufmerkſam, daß die Worte: pour chacun bourg, village ou hameau» nicht in dem von der Vereinigung zu einer Heerde handelnden Hauptſatze, ſondern in dem die Bezeichnung des Sammelplatzes für das Vieh betreffenden Nebenſatze ſtänden und ſei es ganz natürlich, bei Zuſammentreibung einer einzigen Heerde für die ganze Gemeinde jeder einzelnen Ort-

Digitized by Google

schaft einen Sammelplatz zu bezeichnen, an welchem das Vieh derselben zu der gemeinsamen Heerde stoße.

Aeußersten Falls erbot die Gemeinde zum Beweise, daß die 4 Ortschaften von je her eine jede ihre eigene Heerde unter eigenen Hirten gehabt und auf besonderen Schweidwegen aufgetrieben hätten, welchen Beweis die Regierung, da es sich um eine forstpolizeiliche Vorschrift im Interesse der öffentlichen Ordnung handele, für unerheblich erachtete.

Der Hof erkannte wie folgt:

In E., was zunächst die Anwendbarkeit des Art. 6 Tit. XIX. der Ordonnanz von 1669 anbelangt, daß zwar der Beschluß des Regierungs-Kommissars für die 4 rheinischen Departements vom 10 Brumaire VII, durch welchen der gedachte Artikel in den rheinischen Departements publicirt wurde, für das hier in Frage stehende, derzeit einen Theil des Departements Ourthe bildende Gebiet keine Bedeutung hat;

Daß dagegen im Departement der Ourthe, welches bereits durch Gesetz vom 9 Vendémiaire IV. mit Frankreich vereinigt worden war, jener Artikel schon durch den am 3 Brumaire IV für das ganze damalige Frankreich erlassenen und durch den Beschluß der Volks-Repräsentanten Peres und Portier vom 8 Frimaire IV für die vormals belgischen Departements, zu welchen auch das der Ourthe gehörte, noch besonders publicirten Code des delits et peines Gesetzeskraft erlangt hatte, indem durch Art. 609 dieses Code die Strafbestimmungen der Ordonnanz von 1669 für anwendbar erklärt wurden, nun aber der Art. 6 der Ordonnanz eine derartige polizeiliche Strafbestimmung enthält;

Daß außerdem für das ganze Reich und mithin auch für die mit demselben verbundenen belgischen Departements am 5. Vendemiaire VI bezüglich der Weidegerechtsame in den Staatswaldungen ein Beschluß des Directoriums erging dessen Artikel 3 lautet:

Ceux qui auront été reconnus usagers, ne pourront user de cette facutté qu'en se conformant strictement aux dispositions contenus dans le titre XIX de l'ordonnance du mois d'août 1669;

Daß auch, wie der in Bezug auf die Weideberechtigung der Gemeinde Eupen erlassene Beschluß der Administration

Digitized by Google

centrale du departement de l'Ourte vom 24 Thermidor VI. ergibt, der gedachte Direktorialbeschluß im Departement der Ourthe wirklich in Ausführung gebracht wurde, und somit die heutige Anwendbarkeit des Art. 6 Tit. XIX der Ordonnanz vom Auguſt 1669 nach keiner Richtung hin einem gegründeten Zweifel unterliegt.

J. E., daß nun, was die Auslegung des Art 6 anbetrifft, der Ausdruck «hameau im Eingange des Artikels, wie der Zuſatz ayant droit d'usage» ergibt und eine Vergleichung mit den im Anfange des Art. 3 gebrauchten Worten à chacune paroisse, hameau, village ou communauté usagère» beſtätigt, ein Dorf oder eine ſonſtige Unterabtheilung einer Pfarrgemeinde vor Augen hat, welche eine beſondere, nicht der geſammten Pfarrgemeinde zuſtehende Weidegerechtſame für ſich beſitzt, und daß mithin, von dieſem Falle abgeſehen, nach den Eingangsworten des Art. 6 die Thiere aus derſelben Pfarrei auch dann, wenn letztere aus mehreren Dörfern beſteht, mit dem gleichen Zeichen verſehen ſein müſſen;

Daß aber der folgende, von dem Auftreiben in Einer Heerde handelnde Satz ſchon wegen ſeiner engen grammatikaliſchen Verbindung mit den Eingangsworten von denſelben Thieren verſtanden werden muß, von denen dieſe reden, und nicht angenommen werden kann, daß ſchlechthin für jede getrennte Ortſchaft innerhalb einer Pfarrgemeinde das Auftreiben einer beſonderen Heerde geſtattet ſein ſolle;

Daß auch die Vorſchrift, wonach ſämmtliche aus einer Pfarrgemeinde ſtammende Thiere mit dem gleichen Zeichen verſehen ſein ſollen, ihren Zweck, die für begangene Kontraventionen verantwortlichen Perſonen leichter zu ermitteln, gänzlich verfehlen würde, wenn die mit gleichen Zeichen verſehenen Thiere in verſchiedenen Heerden aufgetrieben werden dürften;

Daß unter dieſen Umſtänden der ſeinem Wortlaute nach allerdings Zweifeln Raum gebende Zwiſchenſatz «qui sera destiné pour chacun bourg, village ou hameau" dahin auszulegen iſt, daß hierunter nicht alle getrennten Ortſchaften innerhalb einer berechtigten Pfarrgemeinde ſchlechthin, ſondern nur alle diejenigen fallen, welche zugleich im Beſitze einer beſonderen Gerechtſame ſich befinden und im Eingange des Artikels als «paroisse ou hameau, ayant droit d'usage" bezeichnet werden;

Digitized by Google

J. E., daß folglich, da die Appellantin für die angeblich die Gemeinde Neudorf bildenden Ortschaften Neudorf, Roth, Botz und Petergensfeld nicht besondere Weidegerechtigkeiten in Anspruch nimmt, sondern nur Ein der Gemeinde Neudorf zustehendes Weiderecht, sie nach Inhalt des mehrerwähnten Art. 6 Tit. XIX der Ordonnaz von 1669 nicht verlangen kann, daß ihr die Ausübung dieses Rechts mittelst Auftreibung von getrennten Heerden gestattet werde;

J. E, daß sie sich dabei auch nicht auf dreißigjährige Ersitzung berufen kann, da, wenngleich die Art der Ausübung des hier in Frage stehenden Weiderechts an sich ersessen werden könnte, doch im untergebenen Falle der Erwerb gegen polizeiliche Vorschriften und die öffentliche Ordnung verstoßen würde, und deßhalb unter allen Umständen unzulässig erscheint.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. Appell-Ger.-Hof die Berufung wider das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 2. Juni 1870.

III. Senat. Sitzung vom 15. Mai 1872.

Advokaten: Herbertz — Nacken.

Faktura. — Widerspruchslose Annahme. — Zahlungsort.

Die in der Faktura über den Zahlungsort enthaltenen Bestimmungen sind ungeachtet der widerspruchslosen Annahme derselben dann nicht maßgebend, wenn bereits vorher eine anderweitige Vereinbarung über den Zahlungsort getroffen war. *)

Wenn nach Vereinbarung die Zahlung gegen **Tratten** erfolgen soll, so gilt als Zahlungsort der Wohnort des Käufers. **)

Schneider — Düsterberg.

J. E, daß die in Frage gestellte Competenz des Handelsgerichts zu Elberfeld sich einzig und allein auf die klägerische

*) So Reichs-Oberhandels-Gericht. Arch. 64, 2, 3. Contra: Arch. 52, 1, 193, und 63, 1, 148.

**) Vgl. Carré O. 1509 und außer den dort citirten Urtheilen Sirey 56, 1, 197.

Digitized by Google

Behauptung stützt, daß der Preis für die der Appellantin gelieferten Waaren an dem Wohnort des Klägers, das ist zu Elberfeld gezahlt werden sollte, welche Voraussetzung einerseits der Appellat durch den Inhalt der von der Appellantin angenommenen Faktura zu begründen versucht, andererseits aber die Appellantin aus dem Grunde als nicht zutreffend bestreitet, weil nach den vorausgehenden geschäftlichen Verhandlungen die Zahlung gegen Tratten ein Monat a dato der Faktura habe erfolgen sollen;

J. E., daß die Annahme einer Faktura den Consensus des Acceptanten mit der darin enthaltenen Fixirung der Bedingungen und Modalitäten des Vertrages nur in dem Falle schlechthin in sich schließt, daß die Faktura die ihr im Handelsgebrauch übliche Bestimmung, die bis dahin noch nicht feststehenden Modalitäten des Vertrages zu fixiren, festhält; daß dagegen, wenn der Vertrag früher bereits allseitig perfect geworden ist, die Faktura die übliche Bestimmung verliert, und bezüglich einer in ihr enthaltenen von der früheren Uebereinkunft abweichenden Modalität sich nur noch als ein Vorschlag zur Abänderung des Vertrages ansehen läßt, dessen Genehmigung durch den Acceptanten weder aus der Annahme der Faktura noch auch aus seinem bloßen Stillschweigen abgeleitet werden kann;

J. E., daß mithin die appellantische Behauptung, daß die fragliche Modalität der Zahlung bereits durch vorhergegangene Verhandlungen vertragsmäßig in einer andern als der in der Faktura angegebenen Weise festgestellt worden sei, von rechtlicher Erheblichkeit ist;

Daß in thatsächlicher Hinsicht durch die vorgelegte Correspondenz nachgewiesen, übrigens auch von dem Appellaten in der ersten Verhandlung nachgegeben worden ist, daß zufolge des zwischen den Parteien bestandenen Geschäftsverkehres die Zahlung der Waaren gegen Tratten ein Monat a dato der Faktura erfolgen sollte;

J. E., daß die dieser Bestimmung zufolge von dem Appellaten auf die Appellantin abzugebenden Tratten, nach der Natur des Wechsels und da es sich nicht von in Elberfeld domicilirten Wechseln handelte, bei Verfall dem Trassaten resp. Acceptanten an seinem Wohnorte zur Zahlung präsentirt werden mußten, somit aber als Ort der Zahlung lediglich dieser Wohnort des Bezogenen angesehen werden kann;

Digitized by Google

Daß hieran durch den Umstand, daß der Zieher durch Begebung und Discontirung seiner Tratten sofort nach ihrer Ausstellung an seinem Wohnorte sich den Betrag derselben baar zu verschaffen vermochte, rechtlich gar nichts geändert wird, da Appellat durch Erhebung dieses Betrages keineswegs dasjenige empfing, was die Bezogene zu zahlen hatte, sondern vielmehr dieser Betrag nur die Valuta eines neuen Rechtsgeschäftes bildete, durch welches er seine Forderung auf den Indossatar übertrug;

J. E., daß es mithin an der zur Begründung der Competenz des Handelsgerichts zu Elberfeld erfoderlichen Voraussetzung fehlte;

Aus diesen Gründen

nimmt der Hof die gegen die Urtheile des Königl. Handelsgerichts zu Elberfeld vom 29. März uud 19. April 1871 eingelegte Berufung als begründet an, erklärt mittelst Aufhebung dieser Urtheile das Handelsgericht zu Elberfeld zur Entscheidung über die angehobene Klage für nicht competent.

III. Senat. Sitzung vom 21. Juni 1872.

Advokaten: Dubelmann — Herbertz.

Conkordat. — Bürgschaft nur für die admittirten Forderungen. — Versagung der Bestätigung von Amtswegen.

Das Handelsgericht hat die Frage, ob bei Abschluß eines Conkordats die gesetzlichen Formen beobachtet sind, in gleicher Weise, wie nach Art. 526 Rh. H.-G.-B. das Vorhandensein eines schlechten Betragens oder Betruges von Amtswegen zu prüfen. *)

*) In gleichem Sinne Arch. 60, 1, 6. Vgl. auch §. 193 Nro. 1 der Altländischen Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 und Art. 515 des französischen Falliments-Gesetzes vom 28. Mai 1838. Contra: Sirey 17, 1, 193. und Anmerk. Broicher und Grimm Anmerk. 8 zu Art. 519 und Anmerk. 3 zu Art. 526. Pardessus Cours du droit commercial, T. 4 Nro. 1243. Boulay — Paty, Des Faillites et Banqueroutes, Nro. 270 und 271. Arch. 45, 1, 178.

Digitized by Google

Das Konkordat bindet auch die nicht admittirten Gläubiger des Falliten.*)

Die Stipulation, daß der für das Konkordat eingetretene Bürge, dem zugleich zu seiner Deckung die Aktiven der Masse übertragen werden, nur den admittirten Gläubigern haftet, bildet keinen von Amtswegen zu rügenden Verstoß gegen die Formvorschriften des Art. 519 Rhein. H.-G.-B. oder gegen das Wesen des Konkordats und ist auch die darin liegende Benachtheiligung der nicht admittirten Gläubiger nicht ohne Weiteres als eine betrügliche im Sinne des Art. 526 des Rhein. Handels-G.-B anzusehen.**)

---

*) In gleichem Sinne: Pardessus 4 Nro. 1250. Boulay — Paty Nro. 278 Dalloz Nro. 15 p. 158 Nro. 2. Arch. 32, 1, 187; 44, 1, 124. Vgl. auch §. 197 Konkursordnung und Art. 516 Gesetz vom 28. Mai 1838.

Contra: Sirey 26. 1, 194; 31. 2, 281; 36, 1, 737. Broicher und Grimm Anm. 6 zu Art. 524 und Anm. 3 zu Art. 471.

**) Diese Entscheidung ist, auch abgesehen von der Uebertragung der Aktiven an den Bürgen, sehr bedenklich. Der Satz, daß das Konkordat allen Gläubigern, deren Forderungen durch dasselbe betroffen werden, gleiche Rechte gewähren müsse und daß ein Konkordat, welches eine ungleiche Bestimmung der einzelnen Gläubiger enthält, ungültig sei, welcher in §. 186, 3, der altländischen Konkursordnung ausdrücklich ausgesprochen ist, folgt aus dem Wesen des Konkordats als eines der Minorität aufgezwungenen Vertrages und läßt sich überdies aus Art. XII. §. 2 des Einführungs-Gesetzes zum Pr. Str.-G. B. verbunden mit Art. 1131 des B. G.-B. herleiten. Selbstredend liegt auch eine Ungleichheit der Rechte nicht blos dann vor, wenn die Dividende für die einzelnen Gläubiger verschieden hoch bemessen, sondern auch, wenn wie hier die für die Dividende gegebene Sicherheit rücksichtlich eines Theils der Gläubiger, der nicht admittirten oder nicht in der Bilanz stehenden nicht dieselbe ist, wie rücksichtlich der übrigen. Gerade um dergleichen Fälle mit zu treffen, ist in dem citirten §. 186, 3, der Konkursordnung den Worten „gleiche Dividende" auf Antrag der Begutachtungs-Commission die jetzige Fassung „gleiche Rechte„ substituirt worden (Goltdamer Konkursordnung Nro. 7 zu dem §. S. 366) und ist denn auch für den Geltungsbezirk der Konkursordnung so erkannt durch Urtheil des Königl. Ober-Tribunals Entscheid. B. 53 S. 368. Und wenigstens indirekt anerkannt ist der Satz auch in den französischen Urtheilen Sirey 28, 2, 257; 39, 2, 194 und 43, 2, 288, wonach abweichend von einer früheren Entscheidung Sirey 16, 2, 49 der Bürge, wenn er auch bei Ab-

Digitized by Google

Klinkenberg — Trüpel.

In dem bei dem Königl. Handelsgerichte zu Aachen schwebenden Fallimente der Commandit-Gesellschaft P. Grillon A. Klinkenberg u. Comp. zu Atsch, beziehungsweise deren persönlich haftenden Theilhaber P. Grillon und A. Klinkenberg, kam am 7. Mai 1872 ein Conkordat zu Stande, Inhalts dessen sich der Rentner Etienne Amadée Levesque verpflichtete, die privilegirten Gläubiger ganz und sämmtlichen übrigen zur Masse admittirten Gläubigern 25% ihrer Forderungen auszuzahlen, wogegen dann die weiteren 75% dem Falliten erlassen und die Aktiven der Masse unter gewissen Modalitäten an den Levesque übertragen wurden.

Diesem Conkordate versagte das Handelsgericht durch Beschluß vom 16. Mai 1872 die Bestätigung, weil sich der Levesque nur zur Zahlung der 25% an die admittirten Gläubiger, nicht aber auch an etwaige andere nicht admittirten Gläubiger verpflichtet habe.

Hiergegen ergriffen die Falliten und der Rentner Levesque unter Vorladung des Syndiks Berufung und machten zunächst geltend, daß das Handelsgericht einem Conkordate die Bestätigung von Amtswegen zu versagen nur dann befugt sei, wenn schlechtes Betragen oder Betrug im Sinne des Art. 526 des Rhein. Handels-G.-B. vorliege, jeder andere Mangel des Conkordats dagegen von den Gläubigern im Wege des Einspruchs gegen dasselbe gerügt werden müsse.

Sodann führten sie aber auch aus, daß das Conkordat als nur die admittirten Gläubiger bindend die nicht admittirten nichts angehe und brachten überdies den Nachweis bei, daß die einzigen drei Gläubiger, welche in der Bilanz stehen und nicht admittirt sind, befriedigt seien.

Der Syndik stellte die Entscheidung anheim und erkannte der Hof wie folgt:

Urtheil

I. E., daß zwar das Handelsgericht befugt ist, außer in den Fällen des Art. 526 des Rhein. Handels-G.-B.

schluß des Conkordats seine Haftung auf die admittirten Gläubiger beschränkt hat, doch auch den nicht admittirten haftet.

Ist aber in einem derartigen Conkordat ein Verstoß gegen die zum Wesen desselben gehörende Gleichmäßigkeit der Rechte der Gläubiger zu finden, so hat unzweifelhaft das Handelsgericht solchen ebenso, wie die Verletzung der im Art. 519 des Rh. H.-G.-B. vorgeschriebenen Formen von Amtswegen zu rügen.

Digitized by Google

die Bestätigung eines Konkordats auch im Falle der Nichtbeobachtung der im Art. 519 für den Abschluß eines Konkordats vorgeschriebenen Förmlichkeiten von Amtswegen zu versagen, da diese Förmlichkeiten ausdrücklich bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben sind, und mithin bei einer Verletzung derselben ein Konkordat überhaupt nicht als abgeschlossen angesehen werden kann;

Daß es sich aber untergebens nicht um die Verletzung einer der im Art. 519 erwähnten Förmlichkeiten handelt, vielmehr um eine Beeinträchtigung der materiellen Interessen derjenigen Gläubiger, welche zum Passivstatus nicht zugelassen worden sind;

Daß nun in dieser Beziehung eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung das Handelsgericht nicht für berufen erklärt, sofern nicht einer der Fälle des Art. 526 vorliegt, das Interesse dieser Gläubiger von Amtswegen wahrzunehmen, und es somit in der Regel lediglich Sache der einzelnen Gläubiger ist, ihren Widerspruch gegen das Konkordat binnen der im Art. 521 festgesetzten Frist zu erheben;

Daß auch eine Stipulation, wie die vorliegende, laut welcher diejenigen Gläubiger, welche zum Passivstatus nicht angenommen worden, zwar von der Theilnahme an der auf 25% festgesetzten Dividende gegenüber den Falliten nicht ausgeschlossen sind, dagegen dem als Bürge für das Konkordat eingetretenen Rentner Levesque gegenüber, welchem zugleich behufs seiner Deckung der gesammte Mobilarbestand der Fallitmasse und der etwaige, die Hypothekar-Forderungen und deren Zubehör übersteigende Ueberschuß aus dem Verkaufe der Immobilien übertragen wurde, die Dividende nicht geltend zu machen befugt sind, nicht als eine derartig gegen das Wesen des Konkordats verstoßende Vertrags-Bestimmung aufgefaßt werden kann, daß um ihretwillen das nach Art. 524 allerdings alle Gläubiger der Falliten ohne Unterschied bindende Konkordat als nichtig erscheint;

Daß eben so wenig daraus allein, daß die Dividende von den später etwa noch geltend gemachten Forderungen der durch jenen Bürgen gewährten Sicherheit entbehrt und nur gegen die alsdann im Inlande kein Vermögen mehr besitzende Gesellschaft P. Grillon, A. Klinkenberg u. Comp. zu Artsch bez. deren persönlich haftenden Theilhaber P. Grillon

Digitized by Google

und A. Klinkenberg eingeklagt werden kann, eine betrügliche Benachtheiligung der nicht zum Passivstatus angenommenen Gläubiger im Sinne des Art. 526 zu erblicken ist;

Daß für eine derartige Annahme um so weniger Anhaltspunkte vorliegen, da gegenwärtig der Nachweis erbracht ist, daß diejenigen drei Gläubiger, welche außer den zum Passivstatus zugelassenen allein noch in der Bilanz stehen, sich jedoch zum Falliment nicht gemeldet haben, bereits befriedigt worden sind, und da es völlig ungewiß ist, ob außerdem überhaupt noch Gläubiger der falliten Gesellschaft bez. der persönlich haftenden Theilhaber derselben vorhanden sind.

J. E., daß demnach die durch den Beschluß des Königl. Handelsgerichts zu Aachen vom 16. Mai ds. Js. erfolgte Versagung der Bestätigung des abgeschlossenen Conkordats nicht gerechtfertigt erscheint;

Aus diesen Gründen

ertheilt der Königl. Rhein. Appell.-Ger.-Hof unter Reformation des Beschlusses des Königl. Handelsgerichts zu Aachen vom 16. Mai ds. Js. dem am 7. Mai ds. Js. in der Fallitsache der Gesellschaft P. Grillon, A. Klinkenberg u. Comp. zu Artsch bez. deren persönlich haftenden Theilhaber P. Grillon und A. Klinkenberg zu Stande gekommenen Conkordate die Bestätigung, legt die Kosten beider Instanzen der Masse zur Last und verordnet die Rückgabe der Geldbuße.

III. Senat. Sitzung vom 21. Juni 1872.
Advokaten: Herbertz — Pfeifer.

Privilegirte Muthung des §. 55 des Berggesetzes.

Der Bergwerkseigenthümer kann das Vorrecht zum Muthen, welches ihm nach §. 55 des Berggesetzes vom 24. Juni 1865 in Betreff fremder Mineralien zusteht, die innerhalb der Grenzen seines Feldes in untrennbarem Zusammenhang mit dem in seiner Verleihungs-Urkunde benannten Mineral vorkommen, auf einen Fund außerhalb seines Feldes nur dann stützen, wenn dieser Fund nach den thatsächlichen Ver-

Digitized by Google

hältnissen den Schluß auf ein gleiches Vorkommen in seinem Felde gestattet oder der Finder auf Grund des Fundes die Muthung für jenes Feld mit auf das dem betreffenden Bergwerks-Eigenthümer verliehene Mineral einlegt und dadurch das untrennbare Vorkommen der beiden Mineralien auch in jenem Felde anerkennt.

Fuß u. Rößler — Werlau'er Gewerkschaft.

In der vorangegebenen Weise modifizirte der Hof in dem nachfolgenden Endurtheile die dem Zwischenurtheile (Arch. 62. 1. 212) zu Grunde liegende Rechtsanschauung.

Urtheil.

In E., daß die Parteien durch das Urtheil des Hofes vom 15. Dez. 1869 vor das Königl. Oberbergamt zu Bonn verwiesen sind, behufs Entscheidung darüber, ob das in dem Fundpunkte der appellatischen Muthung Maximilian nachgewiesene Vorkommen von Kupfer- und Bleierzen in solchem Zusammenhange steht, daß diese Erze aus bergtechnischen oder bergpolizeilichen Gründen gemeinschaftlich gewonnen werden müssen;

Daß das Königl. Oberbergamt in seinem an den appellatischen Anwalt gerichteten Schreiben vom 30. Juli 1870 diese Entscheidung zwar abgelehnt hat, weil es an der gesetzlichen Voraussetzung zur Abgabe der in den §§. 55 u. 56 des Allg. Berg-Gesetzes vorgeschriebenen Entscheidung in Bezug auf das Vorkommen am Fundpunkte der Muthung Maximilian fehle; sodann aber auch, weil aus dem Vorkommen im Fundpunkte der Muthung Maximilian ein gleiches Vorkommen in dem Bergwerke Friedrichssegen gefolgert werden solle, und die höchste Verwaltungs-Instanz bereits entschieden habe, daß ein solches Vorkommen im Bergwerke Friedrichssegen nicht nachgewiesen sei;

Daß indessen das Königl. Oberbergamt sich zugleich gutachtlich dahin erklärt hat, daß im Fundpunkte der Muthung Maximilian die Blei- und Kupfererze in einem Zusammenhange vorkommen, daß dieselben sowohl aus bergtechnischen als auch aus bergpolizeilichen Gründen gemeinschaftlich gewonnen werden müssen;

Daß in dieser Erklärung allerdings ein genügender Nachweis über die Art des Vorkommens der Minerale am

Digitized by Google

Fundpunkte der Muthung Maximilian gefunden werden mag;

Daß aber hieraus auf ein gleiches Vorkommen in dem Bergwerke Friedrichssegen nur geschlossen werden könnte, wenn keine Gründe vorlägen, welche diesen Schluß als nicht gerechtfertigt erscheinen ließen;

Daß das Königl. Oberbergamt zu Bonn in dieser Beziehung in dem Schreiben vom 30. Juli 1870 sich dahin erklärt hat, daß in dem gemeinschaftlichen Felde des Bergwerks Friedrichssegen und der Muthung Maximilian ein gleiches Vorkommen nach den aktenmäßigen Mineral-Aufschlüssen nicht zu vermuthen sei, und die für diese Annahme sprechenden Gründe näher ausgeführt hat;

Daß diese Erklärung ein gleiches Vorkommen in dem gemeinschaftlichen Felde des Bergwerks Friedrichssegen und in dem Fundpunkte der Muthung Maximilian jedenfalls so zweifelhaft erscheinen läßt, daß aus dem bloßen Vorkommen in dem Fundpunkte der Muthung Maximilian darauf nicht geschlossen werden kann;

Daß aber dieses Vorkommen, wenn daraus ein gleiches Vorkommen in dem Bergwerke Friedrichssegen nicht gefolgert werden kann, den von den Appellanten auf den §. 55 des Allg. B.-G. gestützten Anspruch nur dann würde begründen können, wenn Appellatin auf Grund ihres Fundes auch für den Theil des Feldes, welcher das Feld von Friedrichssegen überdeckt, die Muthung auf Bleierz und Kupfer eingelegt, und dadurch die Verleihung des Bergeigenthums auf diese Minerale, so wie sie im Fundpunkte der Muthung Maximilian vorkommen, beansprucht hätte;

Daß nämlich Appellatin in diesem Falle das Vorkommen von Blei- und Kupfererze in dem gemeinschaftlichen Felde, ohne daß es eines Nachweises von Seiten der Appellanten bedurfte, gegen sich würde gelten lassen müssen;

Daß aber Appellatin ihre Muthung für den Theil des Feldes, welcher das Feld von Friedrichssegen überdeckt, auf Bleierz beschränkt hat, so daß, da den Appellanten das Bergeigenthum auf Kupfer verliehen ist, für den Fall, daß Kupfer und Bleierz so vorkommen sollten, daß sie nicht getrennt gewonnen werden könnten, die Bestimmung des §. 56 des Allg. B.-G. maaßgebend sein würde, und daher ein

Digitized by Google

Vorrecht auf beide Minerale von den Appellanten nicht würde beanſprucht werden können;

Daß die Frage, ob Appellatin ihre Muthung für den Theil des von ihr beanſpruchten Feldes, welcher das Feld der Appellanten überdeckt, auf Bleierz beſchränken konnte, obgleich in dem Fundpunkte der Muthung Maximilian Bleierz und Kupfer in ſolcher Verbindung vorgefunden wurden, daß ſie nicht getrennt gewonnen werden können, hier nicht zu entſcheiden iſt, da von den Appellanten nicht behauptet wird, daß dieſes unzuläſſig geweſen, und ſie dadurch in ihrem Rechte beeinträchtigt ſeien;

Aus dieſen Gründen

verwirft der Hof die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 8. April 1869 eingelegte Berufung und verurtheilt die Appellanten in die geſetzliche Succumbenzſtrafe und in die Koſten.

III. Senat. Sitzung vom 31. Mai 1872.

Advokaten: Pfeifer — Dubelmann.

Drittbeſitzer, Anſteigerer im Subhaſtations-Verfahren. — Differenz des Steigpreiſes und der vereinbarten Kaufſumme. — Erſatzanſpruch gegen den Verkäufer. — Unterlaſſene Einleitung das Purgations-Verfahrens.

Der Ankäufer eines Grundſtücks, welches bis zu einem die vereinbarte Kaufſumme überſteigenden Betrage mit Hypothekar-Schulden belaſtet iſt, kann, wenn das Grundſtück demnächſt von einem der Hypothekar-Gläubiger des Verkäufers zur Subhaſtation gebracht und in deren Verfolg von ihm zu einem höheren als dem vereinbarten Kaufpreiſe angeſteigert wird, dieſe Differenz, wie die von ihm verausgabten Subhaſtations-Koſten, von dem Verkäufer aus dem Geſichtspunkte der Eviktion erſetzt verlangen.

Dieſer Erſatzanſpruch iſt in dem Falle nicht begründet, wo ſich der Ankäufer dem Verkäu-

Digitized by Google

fer gegenüber zur sofortigen Einleitung des Purgations-Verfahrens verpflichtet hatte und das unterlassen hat. Wenigstens muß in einem solchen Falle der Ankäufer zuvor den Nachweis führen, daß bei einem Purgations-Verfahren einer der Hypothekar-Gläubiger das gesetzliche Uebergebot von $^1/_{10}$ gemacht und so das Purgations-Verfahren zu demselben Resultate geführt haben würde.

Ein solcher Nachweis liegt nicht schon darin, daß die Summe, um welche der Steigpreis in der Subhastation die stipulirte Kaufsumme übersteigt, mehr als $^1/_{10}$ beträgt.

Born — Brinkmann.

J. E., daß die hier angestellte Klage des Appellaten auf Zahlung der Differenz zwischen dem Subhastationspreise und dem im Kaufvertrage vom 1. März 1869 vereinbarten Kaufpreise und auf Ersatz der vom Appellaten verausgabten Subhastationskosten nach den Art. 1630 und 2191 des B. G.-B. aus dem Gesichtspunkte der Eviktion völlig gerechtfertigt erscheint;

Daß jedoch die Appellanten der Klage die Einrede entgegensetzen, daß der Appellat dieses Anspruchs auf Schadenersatz deßhalb verlustig geworden sei, weil er dem Vertrage vom 1. März 1869 zuwider nicht sofort das Purgations-Verfahren eingeleitet habe, und daß diese Einrede ungeachtet der vom Appellaten dawider erhobenen Einwendungen als begründet erscheint;

Daß es sich nämlich im untergebenen Falle bei dieser von den Parteien als exceptio non adimpleti contractus bezeichneten Einrede nicht darum handelt, ob und in wie weit einem auf Erfüllung des Vertrages klagenden Kontrahenten gegenüber der andere Kontrahent die Befugniß habe, seine Leistung bis zur Erfüllung des Vertrages von Seiten des Klägers zurückzuhalten, sondern darum, ob dem in einem Zeitpunkte, in welchem die Erfüllung des Vertrages bereits unmöglich geworden, auf Schadenersatz klagenden Kontrahenten gegenüber der andere Kontrahent den Einwand erheben könne, daß der Kläger den Schaden durch sein eigenes vertragswidriges Verhalten herbeigeführt habe;

Digitized by Google

Daß es bei dieser Sachlage völlig gleichgültig ist, ob die Einleitung des Purgations-Verfahrens nur eine Nebenbedingung des Kaufes war, vielmehr alles darauf ankommt, ob die Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit im Kausal-Zusammenhange mit dem dem Appellaten erwachsenen Schaden steht, oder mit anderen Worten, ob dieser Schaden auch dann eingetreten sein würde, wenn der Appellat dieser seiner Verbindlichkeit nachgekommen wäre;

Daß es gleichfalls unerheblich ist, daß der Appellat von den Appellanten wegen Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit nicht in Verzug gesetzt worden, weil der Art. 1146 des B. G.-B. eine Inverzugsetzung nur für den Fall einer Klage auf Schadensersatz vorschreibt, nicht auch für den umgekehrten Fall, wo sich der Verklagte gegen eine solche Klage mit der Behauptung vertheidigt, daß der Kläger auch seinerseits den Vertrag nicht erfüllt habe;

Daß, was die Frage der Nichterfüllung selbst anbelangt, das Gericht erster Instanz mit Unrecht angenommen hat, vom 30. März 1869 an, dem Tage, an welchem der Hypothekar-Gläubiger Vitus Kahn dem Kläger als Drittbesitzer des gekauften Hauses eine Aufforderung zur Zahlung oder Räumung zugehen ließ, sei die Durchführung des Purgations-Verfahrens für den Kläger mit Aussicht auf Erfolg zur Unmöglichkeit geworden, wenigstens ihm nicht mehr zuzumuthen gewesen, da nach Art. 2183 des B. G.-B. der Drittbesitzer von dem Tage der ersten an ihn gerichteten Aufforderung eines Hypothekar-Gläubigers an noch innerhalb Monatsfrist die zur Herbeiführung des Purgations-Verfahrens nöthigen Zustellungen an die Hypothekar-Gläubiger erlassen und dadurch dem Subhastations-Verfahren zuvorkommen kann, und es mithin darauf gar nicht ankommt, ob die Zeit zwischen der Transscription des Erwerbtitels (3. März) und jener Zustellung vom 30. März zur Erfüllung der Formalitäten des Purgations-Verfahrens ausreichend war, da ferner der Umstand, daß das Purgations-Verfahren möglicherweise zu demselben Resultate führen würde, wie das vom Hypothekar-Gläubiger Kahn eingeleitete Subhastations-Verfahren, ihn nicht von der vertragsmäßig übernommenen Verpflichtung, das Purgations-Verfahren herbeizuführen und die zu dem Ende nöthigen Kosten vorzuschießen, befreien kann;

Digitized by Google

Daß vielmehr der Kläger durch die Einleitung des Subhastations-Verfahrens von Seiten eines Hypothekar-Gläubigers der Verpflichtung zur Durchführung des Purgations-Verfahrens, und zwar wegen mangelnden Interesses der Verklagten an dieser Vertragsklausel, nur dann überhoben sein würde, wenn mit Gewißheit anzunehmen war, daß beide Verfahrens-Arten zu demselben Resultate führen würden;

Daß dieses nach den Art. 2185 und 2191 des B. G.-B. nur dann der Fall war, wenn im Purgations-Verfahren einer der aufgeforderten Hypothekar-Gläubiger ein Uebergebot von $^1/_{10}$ des in dem Kaufvertrage festgesetzten Kaufpreises machte und dadurch den Eintritt des Subhastations-Verfahrens in Gemäßheit des Art 69 ff. des Gesetzes vom 18. April 1855 herbeiführte, daß aber daraus, daß im untergebenen Falle der Appellat als Ansteigerer im Subhastations-Verfahren 975 Thlr. über den stipulirten Kaufpreis von 9700 Thlr., also noch 5 Thlr. mehr als die gesetzliche Uebergebotssumme betragen haben würde, geboten hat, nicht mit genügender Sicherheit geschlossen werden kann, daß auch einer der hypothekarischen Gläubiger dieses Uebergebot gemacht haben würde, zumal nicht einmal feststeht, ob die hypothekarischen Gläubiger bei der Subhastation sich überhaupt am Bieten betheiligt haben;

Daß dagegen, wenn im Purgations-Verfahren ein Uebergebot von $^1/_{10}$ nicht erfolgte, der Kaufpreis nach Art. 2186 des B. G.-B. definitiv auf 9700 Thlr. festgesetzt blieb, und zwar nach §. 5 des Vertrages einschließlich der Kosten des Purgations-Verfahrens, und der Appellat mithin nicht in die Lage versetzt wurde, noch 975 Thlr. mehr an Kaufpreis bezahlen und die Subhastationskosten erstatten zu müssen;

Daß auch der in dieser Instanz zuerst erhobene Einwand, die Appellanten würden sich durch Nichterstattung der geforderten Summe auf Kosten des Appellaten bereichern, indem der volle Steigpreis zur Zahlung an Hypothekar-Gläubiger der Appellanten verwendet, also Letzteren zu Gute gekommen sei, — abgesehen davon, daß er auf die nicht zur Abtragung von Schulden verwandten Subhastationskosten keinenfalls zutreffen würde — unhaltbar erscheint, da der Appellat mit dem Mehrbetrage von 975 Thlr. nicht freiwillig als negotiorum gestor der Appellanten Schulden der Letzteren getilgt sondern sich durch sein vertragswidriges Verhalten in die

Digitized by Google

Lage gebracht hat, diesen Mehrbetrag zahlen zu müssen, und ein allgemeiner Rechtssatz, wornach Jemand, dessen Handlung einem Dritten mittelbar zum Nutzen gereicht, von Letzterem Ersatz seiner Auslagen verlangen konnte, nicht existirt und am wenigsten anwendbar ist, wenn der Dritte, wie im untergebenen Falle, lediglich bezweckt, sich gegen den Schadensanspruch eines selbst vertragswidrig handelnden Kontrahenten zu vertheidigen;

Daß endlich auch der im Urtheile erster Instanz hervorgehobene Grund, daß durch die Falliterklärung des appellantischen Ehemanns vom 8. März 1869 die Besorgniß entstanden sei, die Gläubigerschaft werde den Kaufvertrag vom 1. März 1869 als ihren Rechten präjudicirlich angreifen, den Appellaten nicht berechtigte die Fortsetzung des Purgations-Verfahrens zu unterlassen, weil nach Art. 445 der Novelle zum Rh. Handels-G.-B. vom 9. Mai 1859 eine Anfechtung des gedachten Kauf-Vertrages überhaupt nur dann möglich war, wenn beim Abschlusse desselben auch der Appellat von der Zahlungs-Einstellung des Falliten Kenntniß hatte, in diesem Falle aber der Letztere eben so gut, wie die Appellanten, die Möglichkeit der Anfechtung seitens der Gläubigerschaft voraussehen konnte und, wenn er trotzdem sich unbedingt zur sofortigen Einleitung des Purgations-Verfahrens verpflichtete, sich von dieser Verpflichtung nicht durch Berufung auf die Möglichkeit der Anfechtung des Vertrages befreien kann, wie er denn auch im Falle einer von Erfolg begleitet gewesenen Anfechtung des Akts seiner eigenen culpa halber keinen Schadensersatz-Anspruch gegen den Falliten gehabt haben würde;

Aus diesen Gründen

weist der Königl. Rhein. Appell.-Ger.-Hof unter Aufhebung des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 20. Oktober 1870 die Klage des Appellaten ab.

III. Senat. Sitzung vom 28. Juni 1872.

Advokaten: Nacken — Herbertz.

Digitized by Google

Familienrathsbeschluß. — Absolute Stimmenmehrheit.

Ein Familienrathsbeschluß ist nur dann gültig zu Stande gekommen, wenn er mit absoluter Stimmenmehrheit gefaßt ist.*)

Schroers — Wolters.

Der Hauptvormund der minderjährigen Kinder des verstorbenen Michael Salms aus dessen erster Ehe mit der verstorbenen Elisabeth Magdalena Kils beabsichtigte Namens der Minderjährigen Klage zu erheben auf Theilung 1. der zwischen ihren mütterlichen Großeltern bestandenen Gütergemeinschaft, 2. der Gütergemeinschaft zwischen ihren Eltern, 3. der Gütergemeinschaft zwischen ihrem Vater und dessen zweiten Ehefrau Elisabeth Terhaag 4. der Nachlassenschaften ihrer Eltern und beantragte bei dem am 11. März 1871 vor dem Friedensgerichte zu Kempen zusammenberufenen Familienrath, ihm die Autorisation zu dieser Klage zu ertheilen. Von den Familienrathsmitgliedern gaben drei dem Antrage des Hauptvormundes unbedingt, einer, der Nebenvormund, nur in Betreff der Theilung der Gütergemeinschaft zweiter Ehe ihre Zustimmung. Die beiden übrigen Mitglieder stimmten mit dem Friedensrichter unbedingt dagegen. Als nun der Hauptvormund auf Grund dieses Familienrathsbeschlusses eine Klage auf Theilung der Gütergemeinschaft zweiter Ehe anstellte, erhoben diejenigen beiden Familienrathsmitglieder, welche unbedingt gegen den Antrag des Hauptvormundes gestimmt hatten, nach Anleitung des Art. 883 der B. Pr.-O. gegen die übrigen Mitglieder zum Königl. Landgerichte in Cleve Klage auf Aufhebung des in Rede stehenden Beschlusses und zwar unter Anderem deshalb, weil solcher nicht mit absoluter Stimmenmehrheit gefaßt sei.

Der Hof hat unter Reformation des bei dem Landgerichte unter dem 13. März 1872 ergangenen Urtheils der Klage gemäß erkannt und lauten die Gründe wie folgt:

J. E., daß zur Erhebung einer Theilungsklage nach Art. 465 des B. G.-B. die Autorisation des Vormundes durch den Familienrath nothwendig ist, die nur durch einen

*) Vgl. Philippi Vormundschaft Anm. 3 zu Art. 416 B. G.-B. und die dort angeführten Autoren.

Digitized by Google

mit absoluter Stimmenmehrheit gefaßten Beschluß desselben erfolgen kann;

Daß aber eine solche Autorisation in dem erwähnten Beschlusse nicht enthalten ist, da aus demselben hervorgeht, daß drei verschiedene Meinungen vorhanden waren und die Annahme, daß nun die drei dem Vormunde beistimmenden Mitglieder dem Vorschlage des Nebenvormundes entsprechend die von demselben nur für die Theilung der Gütergemeinschaft zweiter Ehe ertheilte Zustimmung genehmigt hätten, beim Mangel einer bestimmten Erklärung, die in dem Beschlusse selbst hätte constatirt werden müssen, nicht gerechtfertigt erscheint;

Daß eine solche Genehmigung auch im vorliegenden Falle um so weniger vermuthet werden kann, als eine Theilung der Gütergemeinschaft zweiter Ehe ohne gleichzeitige Theilung der Gütergemeinschaft erster Ehe keine erhebliche Bedeutung haben würde, da zu der Gütergemeinschaft zweiter Ehe die dem Michael Salms zugefallene Hälfte der Gütergemeinschaft erster Ehe, bei welcher die Minderjährigen erster Ehe gleichzeitig als Erben ihrer Mutter betheiligt sind, gehört und also die vom Nebenvormunde vorgeschlagene partielle Theilung das Interesse der Minderjährigen erster Ehe zu wahren nicht geeignet wäre;

Daß hiernach der auf Aufhebung dieses Beschlusses gerichtete Antrag als begründet zu erachten ist, weil eine rechtlich wirksame Autorisation durch denselben nicht constatirt ist.

III. Senat. Sitzung vom 31. Juli 1872.
Advokaten: Lautz — Bessel.

Retrakt des Art. 841 des B. G.-B. — Cession von Erbrechten. — Zustellung. — Rückcession.

Zur Ausübung des Retrakts-Rechtes des Art. 841 des B. G.-B. genügt die Existenz der Cession des Miterben an einen Fremden, auch wenn die Cession an die andern Miterben nicht zugestellt und die Theilungsklage durch den Cessionar noch nicht eingeleitet ist.*)

*) cfr. Entscheidung im entgegengesetzten Sinne im Rh. Arch. 42. 1. 141.

Digitized by Google

Die Ausübung dieses Rechtes wird durch die nach Anstellung der Retrakt-Klage vorgenommene Rückcession des Erbrechtes nicht vereitelt.

Reversdorf — Graffé u. Robert.

Der Posthalter Graffé ließ sich durch verschiedene Cessionsakten die Erbrechte Mathias Wallenborn, Anna Wallenborn und Johann Robert an dem Nachlasse der verstorbenen Wittwe Hafemann cediren. Durch Gerichtsvollzieher-Akt vom 15. November 1871 bot die Wittwe Reversdorfer, welche ebenfalls Miterbin an dem besagten Nachlasse war auf Grund des Art. 841 des B. G.-B. dem Graffé die Erstattung der Cessionspreise baar an; derselbe verweigerte die Annahme und erklärte, daß er auf die durch die Cessionen erworbenen Rechte vorläufig nicht verzichten wolle. Die Wittwe Reversdorfer klagte darauf gegen Graffé bei dem Königl. Landgerichte zu Saarbrücken, daß sie für befugt erklärt werde, als Miterbin des Nachlasses der Wittwe Hafemann in Ausübung des Retraktsrechtes des Art. 841 des B. G.-B. den zu dieser Erbschaft nicht berufenen Graffé von seinen durch die vorerwähnten Cessionen auf diesen Nachlaß erworbenen Rechte gegen Rückerstattung der Cessionspreise auszuschließen, und daß unter Ausschluß des Graffé von der Theilung dieses Nachlasses das Realanerbieten vom 15. November 1871 für gültig und der Graffé gehalten erklärt werde, die in diesem Realanerbieten näher bezeichneten Beträge zuzüglich der Kosten der Cessionen und der aufgelaufenen Zinsen als Abfindung für seine Rechte an dem Erb-Nachlasse in Empfang zu nehmen.

Graffé bestritt die Zulässigkeit der Klage, weil er von den Cessionen noch keinen Gebrauch gemacht, sie weder habe zustellen noch auf Grund derselben der Theilungsklage angestellt habe. Im Laufe der Procedur thätigte er ferner eine Rückcession auf Joh. Robert, auf Grund deren er behauptete, daß damit jedes Interesse der Klägerin in Ausübung des Retraktrechtes geschwunden sei.

Joh. Robert intervenirte, schloß sich dem Antrage des Verklagten Graffé mit der Behauptung an, daß er nach wie vor Inhaber des ihm anerfallenen Erbrechtes geblieben sei.

Digitized by Google

Das Königl. Landgericht trat in seinem Urtheile vom 26. März 1872 diesen Ausführungen bei, und wies die Klage kostenfällig ab.

Auf die Berufung der Wittwe Reversdorf erkannte der Hof reformatorisch wie folgt:

Urtheil.

I. E., daß der Art. 841 des B. G.-B. nicht blos, wie der erste Richter meint, bezweckt, ein Mittel in die Hand zu geben, die Einmischung Dritter in die Verhältnisse der Familie zu verhindern, sondern auch die Theilung unter den Erben überhaupt zu erleichtern, wie sich dies namentlich aus der Bestimmung ergibt, daß das Auskaufsrecht auch gegen Verwandte des Erblassers gilt, wenn dieselben nicht zu dessen Erbschaft berufen sind;

Daß weder dieser Zweck noch die Worte der gesetzlichen Bestimmung die Annahme rechtfertigen, daß vor Geltendmachung jenes Auskaufrechtes eine Zustellung der stattgehabten Cession des Erbrechts an die Miterben stattgefunden oder gar das Theilungsverfahren begonnen haben müsse und insbesondere die Worte des Artikels écartée du partage keineswegs blos eine bevorstehende Theilung bezeichnen;

Daß die Bestimmung des Art. 1690 des B. G.-B. über Zustellung der Cession, wie aus der Verbindung dieses Artikels mit dem vorhergehenden hervorgeht, sich nur auf den Uebertrag einer Forderung, eines Rechtes oder einer Klage gegen einen Dritten, nicht aber auf den Uebertrag des Rechtes auf eine Erbschaft bezieht und namentlich die Miterben nicht etwa als Schuldner im Sinne des genannten Artikels zu betrachten sind, indem die Erbschaft etwas Verschiedenes von den zur Erbschaft berufenen Personen ist, wie die Lehre von der Benefiziarerbschaft und dem beneficium separationis beweiset;

Daß, wollte man aber auch anderer Ansicht sein, doch die Bestimmung des genannten Artikels über die Notifikation der Cession im Interesse dritter Personen einschließlich des Schuldners und nicht auch zu Gunsten des Cessionars gegenüber dem Schuldner statuirt ist, demnach nur jene, nicht aber auch dieser dieselbe für sich anrufen können;

Digitized by Google

Daß auch in dieser Klage schon um deßwillen nicht etwa eine provokatorische Klage gefunden werden kann, weil Verklagter auf die Zustellungen vom 15. November dem instrumentirenden Gerichtsvollzieher nach dessen Beurkundungen, nicht nur die Wirklichkeit der in Frage stehenden Cessionen anerkannt, sondern auch ausdrücklich erklärt hat, daß er auf seine dadurch erworbenen Rechte vorläufig nicht verzichten wolle;

Daß hieraus zugleich aber auch die Unwirksamkeit der nach Anstellung der Klage an den Cedenten Johann Robert geschehenen Rückcession folgt, indem die angestellte Klage die Rechte der Parteien fixirt hat;

Daß daher unter Zurückweisung der Intervention dieses Robert die Klage im allgemeinen begründet erscheint und es sich in Ansehung der Höhe der Cessionssumme bezüglich dieses Cedenten nur noch um den Anspruch des Verklagten auf Ersatz der zweifachen Summe von 50 Thlr. handelt, die derselbe gemäß erbotenem Zeugenbeweise für Vermittelung der Cession an zwei Unterhändler gezahlt haben will;

Daß aber diese nur auf ein rein persönliches Verhältniß des Cessionars bezügliche Kosten nicht zu den „gesetzmäßigen Auslagen" wovon der analogisch anwendbare Art. 1699 des B. G.-B. spricht, gerechnet werden können, überdieß der Beweis ihrer Verausgabung nicht durch Zeugen geführt werden könnte, somit der Anspruch des Verklagten zu verwerfen und unter Reformation des Urtheils a quo die Klage zuzusprechen ist;

Aus diesen Gründen

erklärt der Appell.-Ger.-Hof unter Reformation des Urtheils des Landgerichts zu Saarbrücken vom 26. März 1872 die Appellantin in ihrer Eigenschaft als Miterbin des Nachlasses der zu Saarlouis verlebten Wittwe Hafemann, für wohlbefugt, in Ausübung ihres Retraktrechts den zur Erbschaft der genannten Wittwe Hafemann nicht berufenen Appellaten Graffé von seinen Rechten auf diesen Nachlaß, welche er auf Grund der Cessionen (folgen die Daten derselben, die Preise und der Namen der Cedenten) und zwar von sämmtlichen Cedenten als Miterben an dem Nachlasse der verlebten Wittwe Hafemann käuflich erworben hat, durch Rückerstattung der gezahlten Cessionspreise auszuschließen, erklärt demgemäß

Digitized by Google

unter Ausschluß des Appellaten von der Theilung des genannten Nachlasses des Realanerbieten der Appellantin zugestellt durch Gerichtsvollzieher Herberger in Saarlouis vom 15. November 1871 für Hauptsumme und näher zu ermittelnde Kosten und näher zu evaluirende Zinsen für gut und gültig und den Appellaten Graffé gehalten, die in diesem Realanerbieten näher bezeichneten Beträge zuzüglich der Kosten der fraglichen Cessionen und der aufgelaufenen Zinsen als Abfindung für seine Rechte am Nachlaß der Wittwe Hasemann in Empfang zu nehmen, weiset die Intervention des Appellaten Robert ab und legt beiden Appellaten die Proceßkosten beider Instanzen zur Last.

III. Senat. Sitzung vom 22. November 1872.

Advokaten: Herbertz — Macken.

Mora des Käufers. — Klage auf Schadens-Ersatz — Aufforderung gemäß Art. 356 des Deutschen H. G.-B.

Will der Käufer auf Grund der Mora des Verkäufers von Letzterem Schadensersatz begehren, so genügt nicht eine bloße Aufforderung zur Lieferung mit Androhung einer nicht näher bezeichneten Klage, sondern er muß nach Art. 356 des Deutschen Handels G.-B. dabei ausdrücklich erklären, ob er Schadenersatz statt der Erfüllung forderen, oder von dem Vertrage zurücktreten will, als sei er nie geschlossen.

Anderheggen u. Comp. — Rempe.

Die Firma Anderheggen hatte an Rempe am 12. October 1871 eine Parthie Kaffee verkauft, dessen Lieferung sie verweigerte, weil ihrer Behauptung nach Rempe die Acceptation von Tratten für eine andere Parthie Kaffee, welche ihm ebenfalls von Anderheggen u. Comp. verkauft und geliefert worden war, verweigert hatte. Rempe forderte am 2. December 1871 Anderheggen u. Comp. auf, den verkauften Kaffee zu liefern, widrigenfalls er gegen die Requisitin Klage erheben werde. Anderheggen u. Comp. klagte darauf bei dem Königl. Handelsgerichte zu Düsseldorf auf Auflösung des Vertrages vom 12. October 1871

Digitized by Google

und Schadensersatz, wogegen Rempe eine Widerklage ebenfalls auf Auflösung des Geschäftes und Schadensersatz erhob.

Durch Urtheil vom 29. Dezember 1871 wurde die Hauptklage abgewiesen und der Widerklage gemäß erkannt.

Auf die Berufung von Anderheggen u. Comp. bestätigte der Hof das Urtheil a quo bezüglich der Hauptklage aus Gründen, welche hier nicht interessiren, reformirte jedoch bezüglich der Widerklage wie folgt:

Urtheil.

I. E., zur Reconvention:

Daß der bezüglich des mehrgedachten 2. Kaufvertrags vom 12. Oktober 1871 vom Appellaten auf Grund des Art. 355 und 356 des Handels G.-B. geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung Seitens der Appellantin nur dann begründet sein würde, wenn Appellat der Vorschrift des bezogenen Art. 356 gemäß der Appellantin angezeigt hätte, daß, falls die Erfüllung des Vertrages in einer gewissen Zeit nicht erfolge, er nicht mehr auf derselben bestehen, sondern Schadensersatz begehren werde;

Daß aber eine solche Erklärung Seitens des Appellaten nicht erfolgt ist;

Daß nämlich die am 2. Dezember 1871 an die Appellanten ergangene Aufforderung zur Lieferung der Waare nur die Androhung enthält, daß Appellat eventuell zur Klage schreiten werde;

Daß auch die Zustellung von Anwalt zu Anwalt vom 7. Dezember über die Bereitwilligkeit des Appellaten zur Vollziehung der Accepte für die beiden empfangenen Lieferungen nur einen Vorbehalt, die Auflösung des fraglichen Kaufgeschäftes und Schadensersatz zu begehren, nicht aber eine bindende Erklärung enthält, wodurch Appellat sich für den Schadensersatz-Anspruch wegen Nichterfüllung entschieden hätte, der bezogene Art. 356 des Handels G.-B. aber für den Fall, daß der Käufer statt der Erfüllung Schadens-Ersatz wegen Nichterfüllung verlangt, gerade eine solche Erklärung des Käufers verlangt, wodurch der Verkäufer in solchem Falle nicht mehr in der Lage bleibt, Aufwendungen behufs Beschaffung der Waare und wirklicher Erfüllung zu

Digitized by Google

machen, und der Käufer verhindert wird, bei Schwankungen im Preise der Waare sein Wahlrecht zu Spekulationen auf Kosten des Verkäufers zu mißbrauchen;

Daß hiernach der Appellant durch die Entscheidung des ersten Richters, wodurch auf die Reconvention des Appellaten die Auflösung des fraglichen Kaufgeschäftes ausgesprochen, und Appellat zum Beweise des ihm entstandenen Schadens zugelassen worden, beschwert ist;

Aus diesen Gründen

nimmt der Hof die Berufung von dem Urtheile des Königl. Handels-Gerichts zu Düsseldorf vom 29. Dezember 1871, bezüglich der Reconvention als begründet an, und weist unter Reformation des gedachten Urtheils den Appellaten mit der erhobenen Reconvention ab u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 13. November 1872.

Advokaten: Herbertz — Compes.

Urkunde unter Privat-Unterschrift. — Sicheres Datum. — Vermerk über die Stempelcassirung.

Eine Urkunde unter Privatunterschrift erhält durch den darauf gesetzten Vermerk des Königl. Hauptsteueramtes über die Cassirung des Stempels ein sicheres Datum, wenn in dem Vermerke der wesentliche Inhalt der Urkunde angeführt ist.

Ulrich — Katholische Pfarrkirche zu Herschbach.

Die katholische Kirche zu Herschbach als Testamentserbin des verlebten Pfarrers Huverath klagte bei dem Königl. Landgerichte gegen die Witwe Johann Schmidt und Eheleute Johann Ulrich und Margaretha, geborene Schmidt auf Zahlung von 1488 Thlr. Die Klage stützte sich auf eine Urkunde unter Privatunterschrift vom 2. Juni 1860, in welcher die Witwe Schmidt sich als Schuldnerin bekannt und die Margaretha Schmidt, welche damals noch nicht verheirathet war, die Solidarbürgschaft übernommen hatte.

Auf dieser Urkunde, unmittelbar hinter der Bürgschafts-Uebernahme, fand sich der Vermerk des Königl. Hauptsteuer-

Digitized by Google

Amtes über die Cassirung des Stempels zu derselben, und auf dem adhibirten Stempelbogen waren die Namen der Hauptschuldnerin, die Höhe ihrer Schuld, sowie die aus der Bürgschaft verpflichtete Margaretha Schmidt aufgeführt.

Das Königl. Landgericht erkannte durch Urtheil vom 9. Oktober 1871 der Klage gemäß, Ulrich ergriff hiervon die Berufung, welche er mit der Behauptung zu begründen suchte, daß der Bürgschaftschein seiner Ehefrau kein sicheres Datum vor Eingehung seiner im Jahre 1862 abgeschlossenen Ehe mit derselben trage, daher nach Art. 1410 des B. G.-B. weder ihn, noch die zwischen ihm und seiner Ehefrau bestehende Güter-Gemeinschaft verpflichte.

Durch das nachstehende Urtheil des Hofes wurde die Berufung verworfen.

Urtheil:

I. E., daß die Bürgschaft, welche die jetzige Ehefrau Ulrich in der Privat-Urkunde vom 2. Juni 1860, also vor ihrer im Jahre 1862 erfolgten Verheirathung mit Ulrich übernommen hat, nur dann die durch diese Ehe enstandene Güter-Gemeinschaft verpflichten würde, wenn der Bürgschafts-schein als mit sicherem Datum versehen, zu erachten wäre;

Daß Urkunden unter Privat-Unterschrift nach Art. 1328 des B. G.-B. gegen dritte Personen dadurch ein sicheres Datum erhalten, daß ihr wesentlicher Inhalt in Urkunden, welche von öffentlichen Beamten herrühren, constatirt wird.

Daß die vorliegende Bürgschafts-Urkunde, welche sich in unmittelbarer Folge hinter der Hauptschuld-Verschreibung der Witwe Schmidt auf demselben Blatte befindet, von dem Königl. Haupsteuer-Amte, also von einer öffentlichen Behörde mit dem Vermerke versehen ist: „Zu dem Schuld-bekenntnisse ist ein Stempel von 1 Thaler und zur Bürg-schaft 15 Sgr. cassirt worden" wodurch also die rechtliche Natur beider Urkunden bezeichnet worden ist;

Daß aber auch auf den erwähnten adhibirten Stempel-bogen in den Cassations-Vermerken nicht allein der Name der Hauptschuldnerin und die Höhe ihrer Schuld, sondern auch die aus der Bürgschaft verpflichtete Margaretha Schmidt jetzige Ehefrau Ulrich, aufgeführt worden und sonach, da an der Identität des Objektes der Verpflichteten nicht zu zwei-feln ist, aus diesen als ein Ganzes anzusehnenden Vermerken

Digitized by Google

des Königl. Hauptsteuer-Amtes der wesentliche Inhalt der gedachten Bürgschafts-Verpflichtung hervorgeht und demnach die zur Begründnng des sicheren Datums nach Art. 1328 des B. G.-B. erforderlichen Requisite vorliegen und folglich die Berufung des Appellanten Ulrich, da sie lediglich auf das Nicht-Vorhandensein des sicheren Datums gestützt wird, ungerechtfertigt erscheint.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Appell.-Ger.-Hof die Berufung von dem Urtheil des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 9. Oktober 1871 u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 21. Dezember 1872.

Advokaten: Welter — Nacken.

Hessisches und gemeines Concurs-Recht. — Stellung des Curators. — Cession. — Signifikation an den Cridar. — Nachlaß-Vertrag.

Nach Hessischem und gemeinem Concurs-Recht tritt der für die Gläubigerschaft und die Masse bestellte Curator nicht an die Stelle der Person des Cridars, und sind Insinuationen an den Letzteren nicht nichtig und diesem gegenüber unwirksam.

Insbesondere kann die Insinuation einer Cession auch nach der Insolvenzerklärung des Schuldners gültig an diesen persönlich erfolgen.

Der Cridar kann alsdann ohne Zuziehung des Cessionars einen auch diesem gegenüber wirksamen Nachlaß-Vertrag nicht erlangen.

Ursell und Meyer — Reinhardt.

Die Handlung Ursell u. Meyer zu Köln, welche Schuldnerin des Jean Reinhardt zu Hanau für 1054 Thlr. war, erwarb durch Cession am 17. August 1870 gegen denselben eine Forderung von 607 Thlr. von Marcus u. Comp. Am 18. August wurde diese Cession auf dem Parket des Ober-Prokurators und am 1. September 1870 dem Reinhardt

Digitized by Google

persönlich insinuirt, nachdem derselbe inzwischen am 20. Aug. dess. Js. für insolvent erklärt worden war. Am 15. November 1870 brachte Reinhardt einen Nachlaß-Vertrag zu 10% zu Stande, ohne zu den vorgängigen Verhandlungen hierüber die Handlung Ursell u. Meyer zugezogen zu haben. Diese zahlte darauf am 13. Dezember ds. Js. an Reinhardt auf dessen obenerwähnte Forderung von 1053 Thlr., den Betrag von 447 Thlr., lehnte jedoch die Zahlung des Restes ab, weil dieser mit der ihnen von Marcus u. Comp. gegen Reinhardt cedirten Forderung compensirt sei. In Folge dessen klagte Reinhardt am 21. Juni 1871 den Rest mit 607 Thlr. bei dem Königl. Handelsgericht zu Köln ein, und wurde durch Urtheil vom 16. Februar 1872, unter Verwerfung der von Ursell u. Meyer vorgesetzten Compensation, dieser Klage entsprochen.

Auf die Berufung von Ursell u. Meyer erkannte der Hof reformatorisch wie folgt:

In E., daß die der Handlung Marcus u. Comp. gegen den Appellaten Reinhardt zustehende Forderung von 607 Thlr. 2 Sgr. 6 Pfg. am 17 August 1870 an die Appellantin cedirt, die Cession am 18. August auf dem Parket des General-Prokurators Behufs Zustellung an den Schuldner insinuirt, und diese Zustellung unter dem 1. September 1870 durch den Gerichtsboten mittels Behändigung an den Appellaten Reinhardt bewirkt worden ist;

Daß diese Denunciation der Cession auch dem Appellaten gegenüber den vollständigen Uebergang der Forderung auf die Appellantin bewirkte;

Daß dieser Wirksamkeit der Denunciation der Umstand nicht entgegensteht, daß in der Zwischenzeit zwischen der Cession und der Denunciation, nämlich am 25. August 1870 das Insolvenz-Dekret des Amtsgerichts zu Hanau eingegangen war;

Daß nämlich nach dem in diesem Fall maßgebenden gemeinen und Hessischen Conkursrecht der für die Gläubigerschaft und die Masse bestellte Curator nicht an die Stelle der Person des Cridars tritt, so daß Insinuationen an den Letzteren nichtig und auch ihm gegenüber rechtsunwirksam wären;

Digitized by Google

Daß es sich im vorliegenden Falle nicht um eine Rechtsgültigkeit der Cession gegenüber der Gläubigerschaft und der Masse oder um das Rechts-Verhältniß der Appellantin zu dieser Gläubigerschaft und Masse handelt, und auch die Behauptung, daß das Vermögen des Cridars aktiv und passiv zum Eigenthum der Gläubigerschaft geworden und späterhin in Folge des Nachlaß-Vertrags und der Aufhebung des Concurses von den Gläubigern auf den Cridar übertragen sei, und daß deßhalb dasjenige, was im Concurse insbesondere in Betreff der Compensation von Forderungen und Schulden im Verhältniß zur Concursmasse Rechtens gewesen, auch jetzt im Verhältniß zum Appellaten maßgebend sei, auf einer nach dem gemeinen und Hessischen Concursrecht nicht haltbaren Theorie beruht;

Daß der Appellat, um für die gedachte Schuld von 607 Thlr. 2 Sgr. 6 Pfg., deren Eigenthümerin gemäß der ihm denuncirten Cession nicht mehr Marcus u. Comp., sondern die Appellantin war, einen verbindlichen Nachlaß-Vertrag zu erlangen, die Appellantin nicht zu ignoriren, sondern beim Gericht zu bewirken hatte, daß der nunmehrige Eigenthümer der Forderung bei den, den Nachlaß-Vertrag, der im November 1870 erfolgt ist, betreffenden Insinuationen und Prozeßschritten als der bekannte wirkliche Gläubiger behandelt werde;

Daß, da der Appellat dies unterlassen und in Folge dessen unter den Gläubigern, denen gegenüber der Nachlaß-Vertrag für verbindlich erklärt und die Rechtskraft herbeigeführt und bescheinigt ist, nicht die Appellantin, sondern die Handlung Marcus u. Comp. aufgeführt ist, welche die Forderung nicht mehr betraf, und der Appellantin gegenüber die zum Nachlaß-Vertrag erforderlichen Förmlichkeiten nicht beobachtet sind, der Nachlaß-Vertrag sich nicht auf die Appellantin erstreckt und von dem Appellaten ihr gegenüber als für sie verbindlich nicht geltend gemacht werden kann;

Daß daher die Forderung der Appellantin von 607 Thlr. 2 Sgr. 6 Pfg. nach ihrem ganzen Betrag und nicht bloß 10% der Forderung des Appellaten als Gegenforderung gegenüber steht, und die der Klage entgegengesetzte Einrede der Compensation sich rechtfertigt, wonach die von dem Appellaten eingeklagte Restforderung zerfällt.

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

weist der Appell.-Ger.-Hof, unter Reformation des Urtheils des Königl. Handelsgerichts zu Köln vom 16. Februar 1872, die Klage des Appellaten vom 21. Juni 1871 als unbegründet ab, verordnet die Rückgabe der Geldbuße und legt dem Appellaten die Kosten beider Instanzen zur Last.

I. Senat. Sitzung vom 31. Juli 1872.
Advokaten: Herbertz — Welter.

Berufung. — Appellable Summe. — Rechnungs-Verfahren.

Wenn im Rechnungs-Verfahren der Ueberschuß der Einnahme über die Ausgabe in Gemäßheit des Art. 535 der B. Pr.-O. exekutorisch erklärt und von dem Rechnungsleger bezahlt worden ist, so bildet der Betrag der noch bestrittenen Ausgabeposten das alleinige, für die Annehmbarkeit der Berufung, maßgebende Streitobjekt, auch wenn die Rechnungsnehmer sich nicht darauf beschränkt haben, die bloße Zuerkennung dieses Betrages zu beantragen, sondern dabei auch die Feststellung des ganzen Rechnungsreliquates mit Einschluß des bereits bezahlten Saldo's beantragt haben.

Hammesfahr — Schallbruck.

Die, durch Urtheil des Königl. Landgerichtes zu Elberfeld vom 8. November 1869 zur Rechnungslage über die während der Minderjährigkeit der Ehefrau Schallbruck, geb. Hammesfahr geführte Vormundschaft verurtheilte, Witwe Hammesfahr berechnete einen Ueberschuß der Einnahme über die Ausgaben im Betrage von 208 Thlr. 16 Sgr. 11 Pfg. der von der durch ihren Ehemann assistirten Ehefrau Schallbruck, vorbehaltlich der Bestreitung verschiedener Ausgabeposten, als richtig anerkannt, durch den Richter-Commissar für exekutorisch erklärt und von der Rechnungslegerin bezahlt wurde.

Die bestrittenen Ausgabeposten betrugen zusammen 245 Thlr. 26 Sgr. und nahmen Rechnungsnehmer den Antrag: das Königl. Landgericht wolle das Reliquat der Rechnung

Digitized by Google

auf 422 Thlr. 22 Sgr. 8. Pfg. feststellen, die Verklagte unter Berücksichtigung der bereits gezahlten Summe, noch zur Zahlung von 245 Thlr. 26 Sgr. nebst Zinsen seit dem 19. April 1870 verurtheilen.

Das Landgericht schied durch Urtheil vom 16. Juli 1870 verschiedene Ausgabeposten als ungerechtfertigt aus, erkannte ferner, daß die Verklagte gehalten sei, das Reliquat von 406 Thlr. 12 Sgr. vom 1. August 1864 zu verzinsen und erkannte im übrigen interlokutorisch.

Der hiergegen von der Witwe Hammesfahr eingelegten Berufung wurde die Einrede der Unannehmbarkeit Mangels appellabeler Summe entgegengestellt, und wurde diese von dem Hofe für begründet angenommen.

Urtheil.

In E., daß nachdem Rechnungskläger die von der Rechnungs-Verklagten gelegte Rechnung hinsichtlich der Einnahme als richtig anerkannt, und für 208 Thlr. 14 Sgr. 11 Pfg. als das Reliquat der Rechnung nach der Aufstellung der Verklagten ein Exekutorium erwirkt hatten, die von den Klägern bestrittenen Ausgabeposten im Betrag von 245 Thlr. 26 Sgr. das alleinige Streitobject bildeten, welches der richtlichen Entscheidung unterworfen werden konnte;

Daß, wenn Kläger sich in erster Instanz nicht darauf beschränkten, die Zuerkennung dieses Betrages zu verlangen, sondern dahin antrugen das Reliquat der Rechnung auf 422 Thlr. 22 Sgr. 8 Pfg. festzustellen, und unter Berücksichtigung der von der Verklagten gezahlten 208 Thlr. 14 Sgr. 11 Pfg. dieselbe zur Zahlung annoch 245 Thlr. 26 Sgr. nebst Zinsen zu 5% seit dem 19. April 1870 zu verurtheilen, in dem Antrage auf Feststellung des Reliquats auf 422 Thlr. 22 Sgr. 8 Pfg. kein besonderes Petitum, worüber zu erkennen war und welches hinsichtlich der Appellabilität in Betracht kommen könnte, gefunden werden kann;

Daß derselbe vielmehr nur als eine calculatorische Begründung des Antrages, die Verklagten zur Zahlung von 245 Thlr. 26 Sgr. zu verurtheilen aufzufassen ist, da dieser Betrag das sich ergebende Reliquat bildet, wenn von der Einnahme und den davon zu berechnenden Zinsen die als richtig anerkannten Ausgabeposten, und die von der Ver-

Digitized by Google

klagten bereits gezahlten 208 Thlr. 14 Sgr. 11 Pfg. in Abzug gebracht werden;

Daß demnach eine appellable Summe nicht vorhanden ist, und die Berufung deßhalb als unannehmbar verworfen werden muß;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 16. Juli 1870 eingelegte Berufung und verurtheilt die Appellantin in die Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 1. März 1872.

Advokaten: Rieth — Widemann.

Aeltere Firma. — Berechtigung zur Führung. — Erwerb durch Erbgang.

Die bloße Thatsache der Eintragung einer vor dem 1. März 1862 bestandenen Firma in der durch Art. 64 des Einführ.-Gesetzes zum Handels-G.-B bestimmten dreimonatlichen Frist, gibt dem bisherigen faktischen Inhaber derselben noch keineswegs ein Recht auf dieselbe, vielmehr bedarf er hierzu, und namentlich um Andern den Gebrauch dieser Firma zu untersagen des Beweises, daß er zur Führung dieser Firma berechtigt ist.

Hierzu genügt der Beweis, daß sein Vater den Namen der Firma als seinen bürgerlichen Namen geführt, und unter demselben ein Geschäft betrieben hat, welches mit dessen Tode mit der Firma in Folge Theilungs-Vereinbarung mit den Erben auf ihn allein übergegangen ist.

Balow — Dorff.

J. E., anlangend die Klage, soweit sie die Nichtberechtigung der Mitappellanten Johann und Peter Dorff zur Führung der Firma „Johann u. Peter Dorff" so wie die Löschung dieser Firma im Handels-Register zum Gegenstande hat:

Daß der Appellat Wilhelm Dorff seine Legitimation zu einer Klage gegen solche, welche unbefugterweise die Firma Johann u. Peter Dorff führen, nicht schon aus dem unbe-

Digitized by Google

strittener Weise ihm zustehenden bürgerlichen Namen Wilhelm Dorff, sondern nur daraus herleiten kann und herleitet, daß er in berechtigter Weise den Namen Johann Peter Dorff als Firma seines Tabakgeschäftes führt.

Daß demnach Appellat, da seine Berechtigung zur Führung dieser Firma in der frühern wie in der jetzigen Instanz bestritten ist, vor Allem diese Berechtigung nachzuweisen hat;

Daß nun zwar Appellat unbestrittener Maßen diese Firma, als ihm zustehend; in der durch Art. 64 des Einführungs-Gesetzes zum Handelsgesetzbuch anberaumte 3monatlichen Frist hat eintragen lassen;

Daß indeß durch diese Thatsache der Eintragung das Recht des Appellaten zur Führung dieser Firma, auch der erst viel später eingetragenen Firma der Appellanten Dorff gegenüber, keineswegs festgestellt worden ist, da der Art. 65 des Einführungs-Gesetzes weder dem Wortlaute noch dem Sinne nach, wie Appellat behauptet, die Bestimmung enthält, daß die im Augenblick der Einführung des Handelsgesetzbuchs thatsächlich geführten Firma durch die bloße Eintragung innerhalb der 3 monatlichen Frist dem bisherigen faktischen Inhaber der Firma ein Recht auf dieselbe geben soll;

Daß vielmehr der bezogene Artikel des Einführungsgesetzes zunächst und hauptsächlich zum Gegenstande hat, zu bestimmen, inwiefern die zahlreichen und materiellen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über Firmen rückwirkend auf die Beurtheilung der Berechtigung zur Führung der bis dahin bestehenden Firma anwendbar sein sollen, und in dieser Beziehung mit Rücksicht darauf, daß die bis dahin in den einzelnen Territorien bestehende Gesetzgebung „nur wenige unvollständige Vorschriften enthält und in Folge dessen Prinziplosigkeit und Verwirrung herrschen, welche den bestehenden Zustand als unhaltbar und gerade in Ansehung der vorhandenen Firmen die schon längst angestrebte Abhülfe als dringend geboten erscheinen lassen" so wie zur Herbeiführung „der im Interesse des Verkehrs unerläßlichen Gleichförmigkeit" (Motive zu Art. 65.) im alin. 1. des Art. den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über Firmen ganz allgemein rückwirkende Anwendbarkeit auf die bis dahin thatsächlich bestehenden Firmen gegeben wird;

Daß nun zwar das zweite Alinea des Art. mehrere der wichtigsten Vorschriften des Handelsgesetzbuchs, namentlich die

Digitized by Google

Vorschrift des Art. 16 — daß der Kaufmann nur unter seinem bürgerlichen Namen Handel treiben dürfe, — von der rückwirkenden Anwendung auf diejenigen besten Firmen, welche rechtzeitig eingetragen werden ausnimmt;

Daß aber diese Beschränkung der Rückwirkung des neuen Gesetzes nicht die Folge und nicht die Bedeutung hat, das bis dahin faktisch bestehende zu einem rechtlich bestehenden zu machen, sondern nur ausspricht, daß „da wo diese Sätze des neuen Rechtes nicht bisher schon Rechtens sind, dieselben auf die bestehenden Firmen nicht angewendet werden sollen," (Bericht der Commission des Abgeordneten-Hauses zu Art. 65.) wohingegen durch diese Bestimmung in solchen Fällen „wo eine alte angemeldete Firma nach dem frühern Rechte unbefugt geführt wurde, in begründete Rechte nicht eingegriffen, sondern deren Verfolgung im Rechtsweg offen gelassen werden soll." (Motive zu Art. 65.)

Daß demnach und da auch das vor Einführung des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs im hiesigen Bezirke geltende Recht dem Kaufmann nicht gestattete, unter einem andern als seinem bürgerlichen Namen Handel zu treiben, Appellat trotz der erlangten Eintragung der Firma Joh. Peter Dorff den Beweis zu erbringen hat, daß er zur Führung dieser Firma berechtiget ist;

J. E., daß Appellat in dieser Beziehung behauptet, daß sein Vater den bürgerlichen Namen Johann Peter Dorff geführt und unter diesem Namen ein Tabaksgeschäft betrieben habe, welches bei dessen Tode mit der Firma in Folge Theilungs-Vereinbarung mit den Miterben auf ihn allein übergegangen sei;

Daß diese Thatsachen gemäß Art. 22 des Allg. Deutsch. Handels-G.-B. den Appellaten zur Führung der fraglichen Firma berechtigen würden daß dieser Art. gemäß dem oben besprochenen Art. 65 des Einführungsgesetzes auch auf ältere vor dem neuen Rechte bestehenden Firmen anwendbar ist;

Daß demnach vor Allem auf den Beweis dieser Thatsachen in der vom Appellaten erbotenen und von den übrigen Parteien nicht bestrittenen Weise zu erkennen, in allem Uebrigen aber sowohl was die verlangte Untersagung der Firma Joh. Peter Dorff und deren Löschung als den in der Klage weiter verlangten Schadensersatz betrifft, die Entscheidung vorzubehalten ist;

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

läßt der Königl. Rhein. Appell.-G.-Hof — ehe er über die Berufung erkennt, den Appellaten zum Beweise auch durch Zeugen darüber zu:

Daß das von seinem Vater Johann Peter Dorff unter der Firma dieses Namens in Hitdorf geführte Tabaksgeschäft mit dieser Firma durch Erbgang und Theilung auf den Appellaten Wilhelm Dorff übergegangen sei;

beauftragt mit Abhörung der Zeugen das Königl. Friedensgericht zu Opladen.

III. Senat. Sitzung vom 25. October 1873.

Advokaten: Vagedes — Drewke, Dubelman.

Commission zum Einkauf. — Verzug des Comittenten. — Befugniß des Commissionairs.

Der Commissionair, welcher im Auftrage seines Committenten Lieferungs-Einkäufe von Aktien gemacht und demselben davon Anzeige gegeben hat, ist, wenn der Committent am Stichtage die Deckung für den Kaufpreis nicht verschafft hat, befugt, entweder am Stichtage seinen Verkäufern, ohne von diesen die Aktien selbst zu empfangen, die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Course des Stichtages zu ersetzen und sie von seinem Committenten zurückzufordern, **oder** die Aktien unter Zahlung des Preises aus eigenen Mitteln zu empfangen und dieselbe ohne Beobachtung der Vorschriften des Art. 310 des Handelsgesetzbuchs zu verkaufen und die Differenz von jenem zu verlangen. *)

Fausten — Goldschmidt.

Goldschmidt u. Comp. kauften im Auftrage von Fausten in Berlin und Frankfurt eine Anzahl Oestreichischer Credit-

*) cfr. Goldschmidt Zeitschrift f. Hand.-R. IX. p. 443, l. 626. Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 9. Juni 1866. Entscheidung 52, p. 522.

Digitized by Google

Aktien theils pr. ult. Juli theils pr. medio Juli. Sie machten hiervon dem Fauſten ſofort Anzeige. Dieſer beſchaffte am Stichtage keine Deckung; in Folge deſſen ließen Goldſchmidt u. Comp. die Aktien in Berlin und Frankfurt verkaufen und klagten bei dem Königl. Landgerichte in Bonn, als Handels-Gericht, die Differenz gegen Fauſten ein. Seitens deſſelben wurde unter andern Einreden, welche hier übergangen werden können, insbeſondere der Klage entgegengeſtellt, daß der Verkauf der Aktien nach Art. 374 des Handels-G.-B. nur unter Beobachtung der Vorſchriften des Art. 310 ibid. mit Bewilligung des zuſtändigen Gerichtes in Bonn habe geſchehen können.

Der Hof erkannte hierüber wie folgt:

In E., daß der Hauptappellant Fauſten zur Rechtfertigung ſeiner Berufung und ſeines Verlangens, die Klage des appellatiſchen Handlungshauſes Goldſchmidt u. Comp. abzuweiſen, zunächſt behauptet, daß ſelbſt wenn das ganze beſtrittene Commiſſionsverhältniß, wie es der Klage zu Grunde gelegt werde, nachgewieſen ſei, dennoch die Klage ſich nicht rechtfertige, indem alsdann Appellat die in Folge der Commiſſion des Appellanten auf Lieferung gekauften Aktien an den Stichtagen von den dritten Kontrahenten für den Appellanten als Committenten habe in Empfang nehmen müſſen und nur berechtiget geweſen ſei, an den ſo empfangenen Aktien als dem Commiſſionsgute" das Pfandrecht des Art. 374 des Deutſchen Handels-G.-B. für den vorſchußweiſe bezahlten Kaufpreis auszuüben und zufolge Art. 310 ibid. erſt nach vorher eingeholter Ermächtigung des zuſtändigen Gerichtes in Bonn zum Verkauf der Aktien habe ſchreiten dürfen, während er jetzt, nach der Darſtellung der Klage-Begründung, als ſtehe er dem Appellanten als Verkäufer gegenüber, die Aktien ſofort verkauft habe, und in der Klage den Erſatz der Differenz verlange;

In E., daß indeß dieſe Beſchwerde des Appellanten auf einer unrichtigen Rechtsauffaſſung beruht;

Daß nämlich das appellatiſche Handelshaus, wenn es, wie behauptet wird, in Folge Auftrags des Appellanten und in Ausführung dieſer Commiſſion, mit Dritten, nämlich Kramer u. Comp. in Berlin, A. Buſack und M. Budge in Frankfurt Lieferungskäufe über die beſtellten Aktien abſchloß, dadurch einestheils dieſen Dritten gegenüber ſelbſt Käufer ward und

Digitized by Google

verpflichtet wurde, am Stichtage die zu liefernden Aktien gegen Zahlung des Betrages in Empfang zu nehmen, widrigenfalls diesen Dritten die nach Art. 357 alinea 2 den Verkäufern bei Fixgeschäften eingeräumten Rechte, namentlich das Recht des sofortigen Verkaufs der Aktien zustand, — während anderentheils Appellat in seinem Verhältnisse zum Appellanten kraft des Commissions-Vertrages Mangels besonderer Verabredung, nur dann verpflichtet war, die Aktien am Stichtage für den Appellanten bei Krause, Busack und Budge in Empfang zu nehmen, wenn Appellant, nach erhaltener Anzeige des Ankaufs, am Stichtage Deckung für den zu zahlenden Kaufpreis verschafft hatte;

Daß in Ermangelung der rechtzeitig beschafften Deckung, Appellat, ohne Verletzung der Pflichten als Commissionair des Appellanten, es am Stichtage überhaupt unterlassen konnte, die Aktien von seinen Verkäufern zu empfangen und statt dessen sich darauf beschränken konnte, den Verkäufern die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Course des Stichtages zu ersetzen, um sie vom Appellanten zurückzufordern;

Daß aber Appellat ebenso, wenn er dies den Verkäufern Krause, Busack und Budge gegenüber für seinen Credit vortheilhafter hielt, auch die Aktien selbst unter Zahlung des Preises aus seinen eigenen Mitteln empfangen konnte;

Daß in diesem Falle Appellat die Aktien nicht für den Appellanten empfing, dieselben auch nicht Eigenthum des Appellanten wurden, an welchen als an dem Commissions-Gute, Appellat bloßes Pfandrecht gehabt hätte, vielmehr Appellat Eigenthümer der Aktien wurde, dem Appellanten gegenüber ganz wie ein Selbst-Verkäufer Zahlung des Preises dieser Aktien gegen Hergabe derselben verlangen und im Falle des Verzugs des Appellanten die im Art. 357 alinea 2. angegebenen Rechte ausüben konnte, also für den Verkauf der Aktien keineswegs erst, wie Appellant behauptet, die Genehmigung des Gerichtes gemäß Art. 310 nöthig hatte;

J. E., daß hiernach, unter der Voraussetzung, daß Appellant dem Appellaten die behauptete Einkaufs-Commission wirklich ertheilt, letzterer dieselbe durch Abschluß der Lieferungs-Verträge mit Krause, Busack und Budge gehörig vollzogen und hiervon dem Appellanten Mittheilung gemacht hat, Appellat am Stichtage, in Ermangelung der vom Appellanten zu verschaffenden Deckung, allerdings mit den von Krause,

Digitized by Google

Busack und Budge zu liefernden Aktien so verfahren konnte, wie er verfahren hat, nämlich die Aktien, sei es selbst, sei es durch seine Verkäufer Krause, Busack und Budge am Stichtage verkaufen lassen;

Daß insbesondere die Artikulation des Appellanten, er habe der Aufforderung vom 1. August 1870, in welcher ihm Mangels rechtzeitiger Deckung der Verkauf der Aktien angedroht worden sei, wegen der damaligen Verkehrs-Störungen nicht nachkommen, und sein Interesse weder in Frankfurt noch in Berlin wahrnehmen können, — ohne alle rechtliche Erheblichkeit ist, theils weil Appellant trotz dieser Störungen den Auftrag, sein Interesse wahrzunehmen ebenso wie Appellat den Auftrag, zu verkaufen, nach Berlin und Frankfurt übermitteln konnte, auch der Nachtheil einer solchen Verkehrsstörung als ein Zufall vom Appellanten selbst zu tragen sein würde, theils weil — immer vorausgesetzt, daß Appellat den Appellanten von den der Commission gemäß abgeschlossenen Lieferungsgeschäften und den dabei verabredeten Stichtagen in Kenntniß gesetzt hatte — Appellant auch ohne erneuerte Aufforderung verpflichtet war, bis zu diesen Stichtagen Deckung zu schaffen und andernfalls die Folgen des Mangels der Deckung zu tragen;

Daß hiernach die Beschwerde des Appellanten, soweit sie dahin gerichtet ist, daß der erste Richter die Klage nicht schon nach der ihr zu Grunde gelegten Thatsachen, angebrachter Maßen abgewiesen habe, ungegründet ist.

III. Senat. Sitzung vom 8. November 1872.

Advokaten: Dubelman — Pheifer.

Handlungs-Gehülfe. — Handels-Gericht — Competenz.

Unter Handlungs-Gehülfen im Sinne des Art. 2 alinea 5 des Einführungs-Gesetzes zum Handels-G.-B. sind nicht alle Personen, welche in einem Handels-Geschäfte Dienste leisten, mit Ausnahme des Gesindes, sondern nur solche zu verstehen, welche kaufmännische Dienste leisten.

Die Dienstleistungen in einem Geschäfte, welches den An- und Verkauf, und die Verarbeitung von

Digitized by Google

Pelzwaaren zum Gegenstande hat, die sich lediglich auf die Verarbeitung der Pelze, sei es durch Handleistungen, sei es durch Beaufsichtigung anderer Arbeiter oder Arbeiterinnen erstrecken, sind keine kaufmännische.

Für Rechtsverhältnisse, die an sich nicht handelsrechtlicher Natur sind, wird die Competenz der Handels-Gerichte nicht dadurch begründet, daß die Parteien später Kaufleute werden.

Hänsch — Baltzer.

Nach Anhörung des öffentlichen Ministeriums.

I. E., daß das Geschäft des Oppositen Baltzer in dem Einkauf von Pelzen besteht, um dieselben, sei es zu Pelzwaaren verarbeitet, sei es in demselben Zustande wie sie angekauft wurden, entweder im Großen an Händler, oder im Detail an das Publikum wieder zu verkaufen, sonach unzweifelhaft den Character eines eigentlichen Handelsgewerbes hat;

Daß aus den Aussagen der auf Anstehen des Oppositen vernommenen beiden Zeugen, welche beide Arbeiterinnen in dem Geschäfte des Oppositen sind, hervorgeht, daß die Dienstleistungen, welche dem Opponenten während seines Dienstes bei dem Oppositen oblagen, sich in keiner Weise auf eine Beihülfe beim An- und Verkauf und auf die zu deren Vermittelung nothwendigen Maaßnahmen, also nicht auf das eigentlich Kaufmännische bei dem Geschäfte erstreckten, vielmehr sich lediglich auf die Verarbeitung der Pelze, sei es durch eigene Handleistungen, sei es durch Beaufsichtigung anderer Arbeiter und Arbeiterinnen beschränkten, sonach keine kaufmännische Dienstleistungen sind;

Daß aber das Allg. D. Handels-G.-B. unter Handlungs-Gehülfen ꝛc. nicht alle Personen, welche in einem Handelsgewerbe Dienste leisten, mit Ausnahme des Gesindes, versteht, vielmehr eine so weitgehende Begriffsbestimmung, welche der Preuß. Entwurf enthielt, schon in 1. Lesung als zu weit gehend, beseitigt wurde (Prot. p. 95.) und eine andere die Beschränkung auf bloß kaufmännische Dienstleistungen enthaltende Begriffsbestimmung mit Rücksicht auf den Jedermann bekannten Begriff eines Handlungsdieners für unnöthig erachtet wurde;

Digitized by Google

Daß hiernach das der Klage zu Grunde liegende Dienstverhältniß des Opponenten zum Oppositen nicht als „das Verhältniß zwischen Handels-Gehülfen und Eigenthümer der Handels-Niederlassung betrachtet werden, und sonach die Competenz des Handelsgerichtes nicht durch das bezogene Alinea 5, Art. 2 des Einführungs-Gesetzes begründet werden kann;

Daß ferner, wenn Opponent auch zur Zeit der Klage Kaufmann war, hieraus doch nicht gefolgert werden kann, daß die der Klagebegründung gemäß von ihm früher eingegangene Verpflichtung, in Sarlouis kein Pelzwaaren-Geschäft zu betreiben, eine in Ausübung seines Handelsgewerbes eingegangene Verbindlichkeit und daher ein Handelsgeschäft für ihn sei;

Aus diesen Gründen

weiset der Königl. Appell.-G.-H. unter Einziehung seines Contumacial-Urtheils vom 14 Juni c. und unter Reformation des vom Königl. Landgericht zu Saarbrücken als Handelsgericht erlassenen Urtheils vom 18. März c. die Klage des Appellaten und Oppositen wegen Incompetenz ab;

III. Senat. Sitzung vom 22. November 1869.

Advokaten: Drewke — Herbertz.

Schadens-Ersatz. — Wasserlauf. — Eisenbahn-Anlage.

Eine Eisenbahn-Gesellschaft ist für den Schaden verantwortlich, welcher dadurch entsteht, daß durch die Anlage des Eisenbahn-Dammes das periodisch wiederkehrende Austreten eines Flusses und dessen Ausströmen über ein bestimmtes, von der Natur zu dessen Aufnahme gebildetes, Terrain verhindert und statt dessen auf benachbarte höher gelegene Aecker hingeleitet wird.

Rhein. Eisenbahn-Gesellschaft — Dietz u. Consorten C. zur Hauptberufung;

Daß nach den beiderseitigen Erklärungen der Parteien und insbesondere durch die Zugeständnisse der Appellantin bezüglich der Positionen 1 und 2 der Beweisauflage des

Digitized by Google

Urtheils a quo thatsächlich feststeht, daß die von Call nach Trier führende Eisenbahn in der Nähe von Bamstein auf dem Banne von Cordel den in einem weiten Bogen fließenden Kyllfluß an zwei Stellen mittelst eiserner Brücken überschreitet, zuerst von dem rechten Ufer auf das linke und dann vom linken wieder auf das rechte Ufer übergehend; daß zwischen diesen beiden Punkten sich früher eine zu Wiesen benutzte, an einzelnen Stellen 10 bis 15 Ruthen breite muldenförmige Vertiefung hinzog, neben welcher sich die umliegende Ackerflur bis zu einer Höhe von 6 bis 7 Fuß erhob, und daß das bei Anschwellung des Kyllflusses gleich unterhalb der Stelle der erstgedachten Brücke übertretende Wasser sich stets in diese Vertiefung ergoß und durch dieselbe wieder in die Kyll abfloß; daß aber, nachdem der Bahndamm in dieser Mulde bis zu einer Höhe von 8 bis 10 Fuß über dem nebenliegenden Terrain durchgeführt ist, und dieselbe an einzelnen Stellen in ihrer ganzen Breite einnimmt, das an der gedachten Stelle überfließende und in die Vertiefung sich ergießende Wasser der Kyll an seinem Abflusse, wie er früher bestanden, durch den Bahndamm verhindert wird, und sich daher neben demselben einen Weg über die höher gelegenen Grundstücke bahnt; daß bei dem Hochwasser im Winter von 1870 auf 71 die Gewalt des übergetretenen Wassers sich mehr gegen den Eisenbahn-Damm selbst gerichtet und denselben zum Theil zerstört, das Ackerstück des Appellaten aber weniger beschädigt hat; im Winter von 1871 auf 72 aber, nachdem der Bahndamm wieder hergestellt und mit einer Steinmauer befestigt worden, die ganze Kraft der Strömung sich unter andern auf das appellatische Ackerstück geworfen und demselben einen bedeutenden Schaden zugefügt hat;

J. E., daß der auf dieses Sachverhältniß gegründeten Entschädigungsklage des Appellaten gegenüber die Appellantin geltend macht, daß sie bei Anlegung des Bahndammes auf der fraglichen Strecke nur von der ihr durch die Art. 544 und 562 des B. G.-B. verliehenen Befugniß, über ihr Eigenthum frei zu verfügen, Gebrauch gemacht, und zwar in einer Weise, welche durch kein Gesetz oder Reglement verboten, im Gegentheile ausdrücklich von der Staatsregierung gestattet worden;

Daß aber, wie bereits der erste Richter ausgeführt hat, und auch durch eine constante Rechtsprechung des Hofes

Digitized by Google

anerkannt ist, das Nachbar-Recht eine consequente Durchführung des in den bezogenen Artikeln des B. G.-B. ausgesprochenen Grundsatzes der unbeschränkten Dispositionsbefugniß des Eigenthümers nicht gestattet, diese vielmehr in dem gleichen Rechte des Nachbars seine natürliche und nothwendige Beschränkung finden muß;

Daß jedoch eine feste Gränze zwischen dem in dieser Beziehung Erlaubten und Unerlaubten im Gesetze nicht gezogen ist, und bei der Unmöglichkeit, für alle in den verschiedensten Gestaltungen vorkommenden Fälle einer solchen Collison der nachbarlichen Interessen eine allgemeine gültige Bestimmung aufzustellen, nicht gezogen werden konnte, es vielmehr dem Richteramte überlassen ist, in den einzelnen Fällen nach Maßgabe der concreten Umstände und nach den Principien der vom Gesetze in dieser Materie mehrfach anerkannten Billigkeit jene Gränzlinie zu ziehen, und die Vereinigung der collidirenden Eigenthumsrechte benachbarter Grundbesitzer in einer den lokalen Verhältnissen entsprechenden Weise zu vermitteln;

J. E., daß nun im gegenwärtigen Falle neben dem oben thatsächlich Festgestellten die vorliegenden Verhandlungen auch genügenden Beweis dafür liefern, daß das Anschwellen der Kyll und deren Uebertreten an der oben bezeichneten Stelle regelmäßig zu gewissen Jahreszeiten stattgefunden, und das Wasser alsdann jedesmal seinen Lauf durch die muldenförmige Vertiefung genommen hat, um sich unterhalb wieder mit dem Hauptstrom des Flusses zu vereinigen, und daß dieser Zustand schon seit Menschengedenken bestanden hat, sodaß die auch von der Appellantin selbst in der Denkschrift ihres Anwalts erster Instanz ausgesprochene Vermuthung nahe liegt, daß die Mulde durch frühere Ausspülungen der Kyll entstanden ist, oder diese selbst früher ihren Lauf an jener Stelle hatte;

J. E., daß ein solches periodisch wiederkehrendes Austreten eines fließenden Wassers und dessen Ueberströmen über ein bestimmtes, von der Natur selbst zu dessen Aufnahme gebildetes Terrain aber den Charakter eines natürlichen Wasserlaufes annimmt, und in diesem Sinne Appellat mit Recht jene muldenförmige Vertiefung als ein natürliches Nebenbett der Kyll bezeichnet;

Digitized by Google

F. E., daß, wenn nun aber nach dem Eingangs Gesagten feststeht, daß durch Anlage des in einer Höhe von 8 bis 10 Fuß ununterbrochen fortlaufenden Eisenbahn-Dammes auf dem fraglichen Terrain eine Aenderung und Störung des gedachten Wasserlaufes zum Nachtheil der benachbarten höher gelegenen Grundstücke in der Weise herbeigeführt worden, daß es dem einzelnen Nachbar unmöglich geworden, seinerseits durch künstliche Anlagen sein Grundstück gegen den schädlichen Andrang des Wassers zu schützen, und Seitens der Appellantin keinerlei Vorkehrungen getroffen worden, welche zur Abwendung des den benachbarten Grundstücken voraussichtlich entstehenden Schadens nothwendig waren, und bezüglich derer auch die Verpflichtung der Appellantin von der Königl. Regierung zu Trier in deren Schreiben vom 27. November 1872 anerkannt worden, — die Anwendung der oben entwickelten Rechtsgrundsätze auf den untergebenen Fall nothwendig zu der Annahme führen muß, daß Appellantin ihre Befugnisse als Eigenthümerin des fraglichen Terrains überschritten, und sich eines unberechtigten Eingriffs in das Eigenthum der betreffenden benachbarten Grundbesitzer und insbesondere auch des Appellaten, schuldig gemacht hat, welcher sie gemäß Art. 1382 des B. G.-B. zum Schadens-Ersatze verpflichtet;

Daß die Bestimmung des Art. 640 des B. G.-B., wonach das niedriger liegende Grundstück das seinem natürlichen Laufe nach von dem höher liegenden Grundstücke abfließende Wasser aufnehmen muß, und der Eigenthümer des ersteren diesen Abfluß nicht durch künstliche Anlagen hindern darf, weit entfernt, ein Argument für eine entgegenstehende Auffassung abzugeben, nur zur Bestätigung des Gesagten dienen kann, da, wenn jene Bestimmung sich auch speciell auf Regen- und Quellwasser bezieht, in derselben doch nur das allgemeine Princip der nachbarlichen Duldung seinen Ausdruck gefunden hat;

Daß Appellantin sich ebenso vergeblich auf den auch in der französischen Jurisprudenz anerkannten Grundsatz des Römischen Rechts beruft, wonach dem Eigenthümer gestattet ist, sein Grundstück gegen das Uebertreten eines Flusses oder Baches durch künstliche Anlagen zu schützen, wenn auch dadurch die Strömung auf das benachbarte Grundstück getrieben wird, da es sich nach dem Gesagten nicht von

Digitized by Google

Vorkehrungen, welche Appellantin zum Schutze ihres Eigenthums getroffen, sondern von einer industriellen Anlage handelt, bei welcher ein reziprokes Verhältniß in keiner Weise obwaltet;

Daß endlich auch zur Beseitigung des gegen die Appellantin erhobenen Schadensersatz-Anspruchs nichts aus dem Art. 20 des Eisenbahn-Gesetzes vom 3 November 1838 hergeleitet werden kann, da die Staatsregierung, wenn sie bei Ausführung von Anlagen im öffentlichen Interesse wohlerworbene Rechte Dritter verletzt, derselben Verpflichtung zum Schadensersatze, wie jeder Private unterliegt;

Daß nach allen dem die Berufung nicht begründet erscheint;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die Berufung von dem Urtheile des Landgerichts zu Trier vom 26. Juni 1872 als unbegründet.

I. Senat. Sitzung vom 19. März 1872.

Advokaten: Compes — Esser I.

Berufungs-Akt. — Nichtigkeit. — Domizil-Wahl. — Zustellung auf dem Sekretariat des Handelsgerichtes.

Berufungs-Akte von einem handelsrichterlichen Urtheil, welche in dem von dem Vertreter des Appellaten in erster Instanz, ohne besondere Vollmacht, gewählten Domizil, oder auf dem Sekretariate des Handelsgerichtes in Gemäßheit des Art. 422 des Handels-G.-B. zugestellt worden, sind nichtig.

Weyer — Propst.

J. E., daß der Appellakt vom 22. Juli 1862 dem Appellaten Probst in der Wohnung des Advokaten Grimm zu Trier als seinem gewählten Domizil zugestellt ist und von dem Appellanten Weyer eine seinem Vertreter in erster Instanz von dem Advokaten Grimm gemachte Mittheilung vom 22. Juli 1862 vorgelegt wird, in welcher Letzterer als Vertreter des Probst erklärt, daß derselbe behufs Zustellung der beabsichtigten Berufung des Weyer bei ihm Domicil wähle;

Digitized by Google

Daß indessen der Advokat Grimm zu dieser Domizilwahl nicht schon dadurch für befugt erachtet werden kann, daß er mit der Vertretung des Weyer vor dem Handelsgerichte beauftragt war; daß es dazu vielmehr einer besondern Vollmacht das Weyer bedurfte;

Daß daher, da eine solche Vollmacht nicht vorgelegt wird, eine gültige Domizilwahl nicht anzunehmen ist, und der fragliche Appellakt für nichtig erachtet werden muß;

Daß sodann auch die dem Appellakt vom 15. Dezember 1870 entgegengesetzte Einrede der Nichtigkeit begründet erscheint, da dessen Zustellung auf dem Sekretariate des Handelsgerichts zu Trier Statt gefunden hat, und zu den Zustellungen, welche daselbst im Sinne des Art. 422 der B. Pr.-O. gültig geschehen können, der Appellakt nicht gerechnet werden kann;

Daß demnach die gegen das Contumazial-Urtheil des Hofes vom 5. April 1871 erhobene Opposition für begründet erachtet werden muß;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof unter Wiedereinziehung seines Urtheils vom 5. April 1871 die gegen das Urtheil des Königl Handelsgerichts zu Trier vom 10. Juli 1862 durch die Appellakte vom 22. Juli 1862 und 15. Dezember 1870 eingelegte Berufung und zwar wegen Nichtigkeit dieser Appellakte, und verurtheilt den Appellanten in die Succumbenzstrafe mit Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 6. Dezember 1872.
Advokaten: Wallraf — Esser I. jr.

Eisenbahn-Gesellschaft. — Unfälle. — Haft-Pflicht.

Unter Unfällen bei dem Betrieb einer Eisenbahn, für welche die Eisenbahn-Gesellschaft nach dem Reichs-Gesetze vom 7. Juli 1871 haftet, sind solche zu verstehen, welche entweder bei dem eigentlichen Transport-Betriebe selbst, oder bei denjenigen Nebenhandlungen sich ereignen, die mit demselben in unmittelbarem Zusammenhange stehen, das heißt, zur Vorbereitung, Ausführung und zum Abschlusse des Betriebes gehören.

Digitized by Google

Rhein. Eisenbahn-Gesellschaft — Hofmeister.

Hofmeister trat am 6. April 1871 als Trajekt-Arbeiter bei der Trajekt-Anstalt zu Hochfeld in den Dienst der Appellantin. Am 29. Juni 1871 wurde er auf eine Dampfponte commandirt, welche die Aufgabe hatte, am linken Rheinufer die in Folge Hochwassers unter Wasser gekommene Uebergangsbrücke an's Land zu drücken. Dies sollte dadurch bewerkstelligt werden, daß zwischen Ponte und Uebergangsbrücke ein Balken zum Aufdrücken gehalten werden sollte. Als die Ponte in der Nähe der Uebergangsbrücke angekommen war, fiel der znm Andrücken der Uebergangsbrücke bereit gehaltene Balken zwischen Ponte und Uebergangsbrücke in's Wasser. Hofmeister griff denselben wieder auf, erlitt aber dabei, da die Ponte noch eine Bewegung nach der Brücke machte, eine Quetschung an der Hand.

Mit der Behauptung, daß er durch diese Verletzung arbeitsunfähig geworden, die Eisenbahn-Gesellschaft aber gemäß dem Reichsgesetze vom 7. Juni 1871 für den Schaden aufzukommen habe, erhob der Appellat beim Königl. Landgerichte zu Köln eine Klage auf Zuerkennung einer Leibrente von 336 Thlr.

Das Königl. Landgericht erkannte am 5. Juni 1872 auf Expertise für den Schadenersatz, indem es erwog, daß der Vorfall auf der Trajekt-Anstalt, die lediglich zu Eisenbahnzwecken diene, und also bei dem Betrieb einer Eisenbahn Statt gefunden habe. Der Königl. Rhein. Appell.-Ger.-Hof erkannte reformatorisch wie folgt:

J. E., daß der in §. 1 des Reichs-Gesetzes vom 7. Juni 1871 gebrauchte Ausdruck „bei dem Betriebe einer Eisenbahn" nach den Motiven des Gesetzes gewählt worden ist, um den engern Sinn des §. 25 des preußischen Gesetzes vom 3. November 1838 zu erweitern;

Daß aber daraus noch keineswegs folgt, daß darunter ohne alle Beschränkung Alles verstanden werden müsse, was von der Unternehmung geschieht, um den Betrieb zu ermöglichen; daß vielmehr nach den Debatten im Reichstage unter Unfällen beim Betriebe der Eisenbahn solche zu verstehen sind, welche entweder beim eigentlichen Transportbetriebe selbst geschehen, oder doch sich bei denjenigen Nebenhandlungen ereignen, die mit diesem Betriebe in unmittelbarem Zusam-

Digitized by Google

menhange stehen oder, wie der Regierungs-Commissar sich ausdrückte, zur Vorbereitung, Ausführung und zum Abschlusse dieses Betriebes gehören;

Daß nun aber das Heraufschieben einer unter Wasser gerathenen Uebergangsbrücke auf die geneigte Ebene mittels einer leeren, nicht mit dem Uebersetzen eines Zuges beschäftigten Dampfponte eine Arbeit darstellt, welche zur Wiederherstellung der gestörten Verbindung zwischen dem Geleise des Bahnkörpers und dem der Ponte erforderlich war und eben so wenig, wie die Reparatur des durch irgend ein Ereigniß beschädigten Eisenbahn-Trajektes, mit dem Transport-Betriebe in unmittelbarem Zusammenhange steht, sondern nur mittelbar ermöglicht, daß späterhin zum Transport-Betriebe der Eisenbahn gehörige Handlungen vorgenommen werden können; daß daher das fragliche Gesetz im vorliegenden Falle keine Anwendung findet und der Appellat außer dem Beweise der bestrittenen Arbeitsunfähigkeit vor Allem den Beweis eines von der Appellantin zu vertretenden Verschuldens zu führen hatte, so daß der Richter a quo dadurch, daß er die Haft-Pflicht der Appellantin für den Fall der erwiesenen Arbeitsunfähigkeit auf Grund des §. 1 des erwähnten Gesetzes annahm, ohne den Appellanten mit dem ihm nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen obliegenden Beweise des Verschuldens der Appellantin zu belasten, die Letztere beschwert hat.

I. Senat. Sitzung vom 11. Dezember 1872.
Advokaten: Compes — Schlink.

Fallit. — Berufung. — Fortsetzung einer Procedur.

Die von einem Falliten zu einer Zeit, wo die Falliterklärung noch nicht rechtskräftig entschieden ist, gegen ein vor der Falliterklärung ergangenes Urtheil eingelegte Berufung ist gültig.

Der Fallit kann die Berufungs-Instanz auch, nachdem seine Falliterklärung definitiv geworden ist, fortsetzen, wenn der Syndik des Fallimentes ungeachtet der an ihn ergangenen

Digitized by Google

Aufforderung, auch seinerseits zu appelliren oder zu interveniren, sich unthätig verhalten hat.

Lendges — Werle u. Schlechtendahl.

Auf die Klagen von Werle und Schlechtendahl hatte das betreffende Handelsgericht interloquirt und nach provisorisch vollstreckten Interlocuten definitiv erkannt, ohne Rücksicht auf die inzwischen von Lendges gegen das Interlocut eingelegte Berufung des ꝛc. Lendges.

Kläger ließen hierauf den ꝛc. Lendges fallit erklären, und dessen Opposition gegen das Falliments-Urtheil wurde in beiden Instanzen verworfen. Am Tage des Urtheils zweiter Instanz und zwar vor Zustellung desselben hatte Lendges auch gegen das erwähnte Definitiv-Urtheil Berufung eingelegt, und dabei dem Agenten durch Zustellung eines Gerichtsvollzieher-Aktes des Fallimentes anheimgegeben, falls er Agent bleiben und das Falliment nicht aufgehoben werden sollte, auch seinerseits in dieser seiner Eigenschaft gegen seine Urtheile zu appelliren, oder in die anhängigen Prozeduren zu interveniren. Später ließ ꝛc. Lendges den provisorischen Syndik seines Fallimentes vorladen, vor dem Appell-Hofe durch Anwalt zu erscheinen, um an der Verhandlung über die Berufung Theil zu nehmen, und nach den Anträgen des Appellanten erkennen, sowie erklären zu hören, daß das zu erlassende Urtheil auch der Fallitmasse gegenüber rechtsverbindlich sei. Hiernach erging eine dritte Aufforderung an den Syndik nunmehr zu interveniren und sich den Anträgen des Appellanten im Interesse der Fallitmasse anzuschließen.

Der Syndik erschien nun zwar durch Anwalt vertreten, gab jedoch die Entscheidung ganz dem Ermessen des Hofes anheim.

Seitens der Appellaten wurde die Zulässigkeit und Annehmbarkeit der Berufung des Falliten bestritten. Der Hof verwarf jedoch diese Einrede:

In E., daß nicht feststeht, daß im Augenblicke der Einlegung der Berufung das vom nämlichen Tage datirende Urtheil des Hofes, durch welches die Fallit-Erklärung des Appellanten endgültig bestätigt wurde, bereits ergangen, dasselbe jedenfalls aber noch nicht zugestellt war, also die

Digitized by Google

zu seiner Zeit noch in suspenso befindliche Fallit-Erklärung der Berufung nicht entgegenstand;

Daß auch anzunehmen ist, daß Appellant berechtigt war, die eingeleitete Appell-Instanz weiter zu verfolgen, da der Agent des Falliments auf die an ihn ergangene Aufforderung, im Fall die Fallit-Erklärung bestehen bleiben sollte, auch seinerseits gegen die fraglichen Urtheile zu appelliren, oder doch in die anhängige Prozedur zu interveniren, sich unthätig verhielt;

Daß aber auf die spätere Vorladung der Syndik in die Instanz eingetreten ist und in dem von ihm genommenen Antrage die Entscheidung dem Ermessen des Hofes anheim gestellt hat, damit also auch von seiner Seite die definitive Aburtheilung der Sache verlangt;

Daß letztere hiernach in der Lage sich befindet auch der Fallitmasse gegenüber mit rechtlicher Wirkung entschieden zu werden.

I. Senat. Sitzung vom 18. Dezember 1872.
Advokaten: Nacken — Drewke, Rieth.

Gemeindeweg. — Kunstmäßiger Ausbau. — Schadens-Ersatz.

Eine Gemeinde ist für die durch den kunstmäßigen Ausbau eines Feldweges entstandenen Erschwerung des Zuganges zu den an diesen Weg zu einer Zeit, wo derselbe kein anderes Nivellement als das seiner natürlichen Lage hatte, errichteten Gebäulichkeiten nicht schadenserfatzpflichtig; wohl aber dafür, daß durch die Wege-Anlage einem solchen Gebäude das Regenwasser zugeführt und dasselbe dadurch beschädigt wurde.

Gladbach — Gemeinde Longerich.

J. E., daß sich aus den stattgehabten Zeugenvernehmungen in Verbindung mit den Auslassungen des Klägers ergibt, daß das Haus Nr. 211 sammt Oekonomiegebäulichkeiten von dem Rechtsvorgänger des Klägers in der Mitte der 1800fünfziger Jahre auf ein durch Ausziegelung vertieftes

Digitized by Google

Terrain in der Nähe des hier fraglichen Weges erbaut worden ist und zwar zu einer Zeit, als andere Wohngebäude in der Nähe noch nicht vorhanden waren, daß sodann etwa im Jahre 1867 das Haus Nro. 202 an einer andern Stelle desselben Weges von dem Kläger selbst erbaut wurde, so wie ferner, daß zu dieser Zeit und soweit die Erinnerung der Zeugen reicht, vorher und auch später bis zu dem hier in Frage stehenden Ausbau des Weges in den Jahren 1868 und 69 der fragliche Weg, obwohl die Longericher Straße genannt, seiner äußern Erscheinung nach nur ein gewöhnlicher Feldweg war, ohne anderes Nivellement als die natürliche Lage des Bodens ihm gegeben hatte, zu dessen Unterhaltung nicht einmal von der Gemeinde etwas geschah, und der deßhalb auch bei schlechtem Wetter in einem kaum passirbaren Zustande sich befand, daß unter diesen Umständen zur Zeit, als der Kläger und insbesondere als sein Autor die fraglichen Bauten vornahmen, für sie der Gedanke sehr nahe lag, daß die Existenz mehrerer Gebäude zu Seiten des Weges eine gründliche Instandsetzung desselben nöthig machen würde und daß diese nur unter Berücksichtigung des Weges und der Terrainverhältnisse in ihrer Totalität geschehen könnte, somit die Höhenverhältnisse des Weges im Einzelnen namhaften Modifikationen unterlägen;

Daß demnach jene Parteien, wenn sie ohne Rücksicht hierauf nur nach den speziellen Terrainverhältnissen ihrer betreffenden Grundstücke jene Gebäude errichteten, die Gemeinde für kein angebliches Verschulden in Anspruch nehmen können, wenn beim wirklich erfolgten kunstmäßigen Ausbau jenes Weges die Höhenverhältnisse desselben zum Nachtheile jener Gebäude in Bezug auf bequemern oder unbequemern Zugang eine Veränderung erlitten haben;

Daß dieses selbst dann gelten muß, wenn es wahr wäre, was Kläger artikulirt, daß er resp. sein Rechtsvorgänger vor Beginn der fraglichen Bauten den Bauplan dem competenten Bürgermeister eingereicht und hierauf die Bau-Erlaubniß erhalten habe, indem er hiermit seinerseits blos polizeilichen Vorschriften, sei es wegen Feuergefahr, sei es der Vorschrift von Nummer 1 der Wege- und Polizei-Ordn. der Bürgermeisterei Longerich, die in Ansehung der Entfernung der Gebäulichkeiten von dem Wege gegeben ist, nachgekommen, der Bürgermeister aber bei Ertheilung der Bauerlaubniß nur

Digitized by Google

die Abwesenheit eines Hindernisses bescheinigt, keineswegs aber Namens der Gemeinde auf das Recht verzichtet haben würde, den fraglichen Weg künftig nach den gegebenen Verhältnissen in zweckmäßiger Weise auszubauen oder aber dem Bauenden für einen durch diesen Ausbau bezüglich der Höhenverhältnisse des Weges erwachsenden Nachtheil Entschädigung zu leisten;

Daß daher, ohne daß es auf weitere Beweiserbieten noch ankäme, die angestellte Klage, soweit sie auf die Verursachung des unbequemern Zuganges zu den Gebäuden des Klägers gerichtet ist, mit Recht abgewiesen worden ist;

I. E., daß es sich jedoch anders mit der Behauptung des Klägers verhält, daß durch die neue Anlage des Weges insbesondere durch dessen muldenförmige Construktion seinem Hause Nr. 211 mit Oekonomiegebäulichkeiten das in der Mulde sich ansammelnde Regenwasser zugeführt werde, was bei dem alten Zustande des Weges nicht geschehen, und daß er durch jenes Wasser in der Wohnung und in der Oekonomie beschädigt werde;

Daß nämlich hier in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in thesi eine Entschädigungspflicht der Gemeinde angenommen werden müßte, indem hier der Einzelne nicht unentschädigt wegen des der Allgemeinheit Vortheil Bringenden leiden darf, und hier ihn auch keine Schuld bei Errichtung seines Baues trifft, indem, wenn er auch einerseits durch den damaligen Zustand des Weges keine über diesen Zustand hinausdauernden Vortheile erwerben kann, anderseits die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Veränderung dieses Zustandes doch keinen Rechtsgrund für eine neue Belastung seiner mit einem positiven Schaden abgibt;

Daß es auch rechtlich gleichgültig, ob jene behauptete Beschädigung des Klägers die Folge einer vorliegenden fehlerhaften Construktion des Weges oder die unvermeidliche Folge eines jeden Ausbaues des Weges unter den vorhandenen Terrainverhältnissen ist, indem in dem einen wie in dem andern Falle kein Grund der Belastung des Klägers mit diesem Schaden vorliegt, diese Verhältnisse vielmehr nur als Vortheile oder Nachtheile, die die Gemeinde treffen, aufzufassen sind;

Digitized by Google

Daß es hierbei untergebens auch keinen Unterschied macht, daß die von dem Kläger gerügte Einrichtung des Weges ganz oder theilweise in Veranlassung einer von ihm selbst an die Königl. Regierung gerichteten Eingabe hergestellt worden ist, indem sich aus dieser Eingabe namentlich aus dem als Petitum aufzufassenden Satze: „Daß der Weg in derselben Höhe wie bisheran belassen und nur für zweckmäßige Ableitung des Wassers die entsprechenden Einrichtungen getroffen würden" ergibt, daß Kläger nicht die, wie er behauptet, geschehene Einsenkung des Weges vor seinen Gebäulichkeiten, sondern die Belassung des ganzen Weges in seinen Höhenverhältnissen beantragt hat und demnach — gleichgültig ob sein Begehren berechtigt und ausführbar war oder nicht — ihm doch keinesfalls die jetzige Einrichtung des Weges imputirt werden kann;

Daß bezüglich dieses Punktes daher vor Entscheidung über die Appellation auf den Beweis der klägerischerseits behaupteten Thatsachen zu erkennen ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-Ger.-Hof die Berufung gegen das Urtheil des Landgerichts zu Köln vom 17. Juli 1871, soweit dasselbe die Klage, sofern sie auf die Erschwerung des Zuganges zu den Gebäulichkeiten des Klägers, sowohl Nro. 211 als Nro. 202 gegegründet ist, abgewiesen hat, läßt sodann vor weiterer Entscheidung über die Appellation den Kläger und Appellanten zu dem näher artikulirten Beweise über die Beschädigung seiner Besitzung durch die Zuführung des Regenwassers in Folge des Neubaues des Weges und die Höhe des Schadens durch Zeugen und Sachverständige zu u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 20. Dezember 1872.
Advokaten: Bessel — Pheifer.

Falliment. — Definitiver Syndik. — Fallit.

Auch der Fallit kann den definitiven Syndik zur Abwicklung und Beendigung des Falliments-Verfahrens anhalten, in so weit dadurch das Interesse der Gläubiger nicht beeinträchtigt wird, jedoch nicht durch förmliche Klage, sondern

Digitized by Google

nur in Gemäßheit der Vorschriften des Art. 527, 497—498 des Gesetzes vom 9. Mai 1859 durch Anrufen des Richter-Kommissars zur Herbeiführung einer Entscheidung des Handelsgerichtes event. durch direktes Anrufen des Handelsgerichtes, welches in dem einen wie in dem andern Falle darüber in der Rathskammer entscheidet.

Loeff — Franken.

J. E., daß der im Falliments-Verfahren nach geschlossenem Unionsvertrage zu bestellende Syndik, wenn er auch im Wesentlichen und vorzugsweise dazu berufen ist, im Interesse der Gläubiger die Fallitmasse zu versilbern und an jene auszukehren, doch nicht bloß als deren Mandatar im eigentlichen Sinne erscheint, indem er ja seine Ernennung nicht durch die Gläubiger, sondern direkt durch das Handesgericht erhält; (Art. 527 Rhein. Handels-G.-B. neue Fassung)

Daß er vielmehr als so bestellter Massenverwalter nothwendig auch das Interesse des Falliten zu wahren hat, welches darin besteht, daß nach Befriedigung der Gläubiger ein möglichst großer Ueberschuß zu dessen Gunsten sich ergebe;

Daß es daher selbstverständlich dem Falliten nicht verwehrt sein kann, den Syndik zur Abwickelung und Beendigung des Fallimentsverfahrens anzuhalten, insoweit dadurch das Interesse der Gläubiger nicht beeinträchtigt wird, und die Zurückweisung des deßfallsigen klägerischen Antrages im angegriffenen Urtheil auf Grund der gegentheiligen Ansicht keine Billigung verdient, wohl aber aus dem anderweiten Grunde sich rechtfertigt, daß die Novelle vom 9. Mai 1859 genau den Weg, wie die Verwaltung zu controliren und wie die gegen dieselbe sich ergebenden Beschwerden zu erledigen sind, vorgezeichnet hat, und dabei nur ein Anrufen des Richter-Commissars zur Herbeiführung der Entscheidung des Handelsrichters, event. ein direktes Anrufen des Handelsgerichtes um diese Entscheidung erwähnt, welche das eine wie das andere Mal in Form eines Rathskammer-Beschlusses erlassen werden soll;

Daß mit dieser Vorschrift für die Wahrung und den Schutz des Interesses der Betheiligten nach jeder Richtung

Digitized by Google

ausreichend gesorgt ist, und deßhalb ihre Befolgung zu unterlassen und den Weg der gewöhnlichen Klage und Verhandlung in öffentlicher Sitzung einzuschlagen, nicht gestattet sein kann;

Daß der weitere Antrag des Appellanten, die Verwaltung jedenfalls in näher bezeichneter Weise ihrem Umfange nach zu beschränken, insoweit er nicht schon als eine bloße Consequenz des ersten: Die Verwaltung überhaupt für erledigt zu erklären, immerhin seinem Wesen nach ein im rechtlichen Sinne gleichartiges Petitum enthält und daher mit jenem Antrage aus demselben Grunde wie oben ausgeführt in dem gegenwärtigen Verfahren nicht so wohl mit dem angegriffenen Urtheil für zu voreilig, als vielmehr für unzulässig zu erachten ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die gegen das Urtheil des Königl. Handelsgerichtes zu Köln vom 5. Januar 1872 eingelegte Berufung mit Strafe und Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 20. Dezember 1872.
Advokaten: Schlink — Franken.

Handelsgericht. — Competenz. — Ziegelei auf eigenem Grund und Boden. — Ankauf von Kohlen.

Der Ankauf von Kohlen zum Betrieb einer Ziegelei, welche von einem Kaufmanne auf eigenem Grund und Boden betrieben wird, ist kein Handels-Geschäft und gehört nicht zur Competenz des Handelsgerichts.

Harf — Vereinigte Wirthe.

J. E., daß auf Grund der vorliegenden auf Anstehen des Appellanten zugestellten Vorladung, in welcher derselbe als Kaufmann bezeichnet wird, mit dem Richter der ersten Instanz zwar angenommen werden kann, daß Appellat Kaufmann ist;

Daß aber nach Art. 274 des Handels-G.-B. die von einem Kaufmanne geschlossenen Verträge nur im Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig gelten, so daß solche Verträge, wenn sie nachweislich nicht zum Betriebe

Digitized by Google

eines Handelsgewerbes gehören, als Handelsgeschäfte nicht anzusehen sind;

In E., daß der Vertrag, auf welchen im vorliegenden Falle die Klage der Appellatin gegründet wird, die Lieferung von Kohlen für eine Ziegelei des Appellanten zum Gegenstande hat;

Daß Appellant seine Ziegelei unbestritten in der Art betreibt, daß er den Lehm, aus welchem die Ziegel hergestellt werden, nicht von Andern bezieht, sondern aus seinem eigenen Grund und Boden ausgraben läßt;

Daß dieses Ausgraben des Lehmes nicht als eine Anschaffung im Sinne des Art. 271 Nro. 1 des Handels-G.-B. betrachtet werden kann, indem darunter nur eine durch irgend ein Rechtsgeschäft vermittelte Erwerbung zu verstehen ist;

Daß dasselbe vielmehr nur eine Art der wirthschaftlichen Ausnutzung eines Grundstücks darstellt;

Daß auch die Fabrikation und die Veräußerung der Ziegel kein Handelsgeschäft bildet, da das Handels-G.-B. nur den Kauf und die Anschaffuug von Sachen, um sie in Natur oder verarbeitet weiter zu veräußern, nicht aber die Verarbeitung selbst, wenn sie nicht für Andere übernommen wird, oder die Veräusserung selbst als Handelsgeschäft auffaßt;

Daß eben wenig der Umstand, daß die für die Fabrikation der Ziegel nöthigen Kohlen von Andern bezogen werden, dem Ziegeleibetrieb die Natur eines Handelsgewerbes zu geben vermag, da die Kohlen bei der Fabrikation keinen Theil des Rohmaterials, sondern nur ein Mittel bilden, welches für die Fabrikation verwandt und dabei verbraucht wird;

Daß demnach der Ziegeleibetrieb des Appellanten als ein Handelsgewerbe nicht anzusehen ist, und folglich auch in dem dafür geschehenen Ankauf von Kohlen ein Handelsgeschäft im Sinne des Art. 273 des Handels-G.-B. nicht gefunden werden kann;

Daß somit die Einrede der Incompetenz des Handelsgerichts für begründet zu erachten ist;

Aus diesen Gründen

weist der Hof unter Reformation des Urtheils des K. Handels-G. zu Köln vom 10. Mai 1871, die erhobene Klage wegen Incompetenz ab, verurtheilt die Appellatin in die Kosten beider Instanzen und verordnet die Rückgabe der hinterlegten Geldbuße.

III. Senat. Sitzung vom 26 Januar 1873.

Advokaten: Herbertz — Vagedes.

Digitized by Google

Evangelische Kirchen-Gemeinde. — Pfarrhaus. — Subhastation. — Civil-Gemeinde.

Die Beschlagnahme des Pfarrhauses einer evangelischen Kirchen-Gemeinde zum Zwecke der Subhastation ist unstatthaft.

Die zu dieser Kirchen-Gemeinde eingepfarrten Civil-Gemeinden sind qualificirt, dieserhalb gegen die Beschlagnahme zu opponiren.

Civil-Gemeinde Kleinenbroich — Civil-Gemeinden Neuß, Buderich ꝛc.

Die Civil-Gemeinde Kleinenbroich hatte wider die evangelische Kirchen-Gemeinde zu Neuß ein Urtheil und die Beschlagnahme ihres Pfarrhauses erwirkt, dessen Baukosten von der Civil-Gemeinde zu Neuß in Verbindung mit den zur evangelischen Pfarre daselbst eingepfarrten Civil-Gemeinden bestritten worden waren. Diese Civil-Gemeinden erhoben Opposition mit der Begründung, daß sie die Eigenthümer des Pfarrhauses seien, die Subhastation daher nicht gegen das Presbyterium habe gerichtet werden können; daß das Verfahren aber auch auf Grund des Art. 25 des Ressortreglements, des Gesetzes vom 10. vendémiaire J. IV. des Arrêté vom 12. brumaire J. XI. und des Staatsrathsgutachten vom 12. August 1807 und 11. und 26. Mai 1813 unzulässig sei. Die Extrahentin suchte auszuführen, daß das Eigenthum des Pfarrhauses nur bei der evangelischen Gemeinde beruhe, bestritt die Qualifikation der Opponentinnen in Betreff der Einrede der Unzulässigkeit der Exekution und behauptete, daß die zum Schutze öffentlicher Anstalten angerufenen Bestimmungen nicht mehr als gültig zu betrachten, jedenfalls auf evangelische Kirchen-Gemeinden nicht anwendbar seien.

Unter Bestätigung eines den Einspruch au fond annehmenden Urtheils des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 2. Januar 1872 erkannte der Appellationshof in Bezug auf die Einrede der Inqualifikation und auf die Behauptung der Zulässigkeit des Exekutions-Verfahrens wie folgt:

J. E., daß das gegen die Kirchen-Gemeinde eingeleitete Verfahren ein Wohnhaus zum Gegenstande hat, mittelst dessen Beschaffung und bestimmungsmäßiger Erhaltung eine den Civil-Gemeinden gesetzlich obliegende und fortdauernde Ver-

Digitized by Google

pflichtung ihre Erfüllung findet; daß mithin die eingeleitete Subhastation, indem sie diesen Gegenstand seiner Destination zu entziehen bezweckt, sich unmittelbar auch gegen das rechtliche Interesse der Civil-Gemeinden kehrt, denselben also auch ein selbstständiges Recht verleiht, diesem Angriffe mit den dessen objektive Statthaftigkeit betreffenden Einreden entgegenzutreten, und in dieser Hinsicht Alles geltend zu machen, was von der nur formell zunächst betroffenen Kirchen-Gemeinde vorzubringen unterlassen worden ist;

J. E., daß demzufolge die Qualifikation der Civil-Gemeinden zur Erhebung der in der Opposition in erster Linie geltend gemachten Unstatthaftigkeits-Einrede von der Frage, wem das Eigenthum an dem von der Subhastation bedrohten Hause zustehe, gänzlich unabhängig ist, nach der rechtlichen Natur dieser Einreden aber ihre Prüfung der Erörterung der Eigenthumsfrage vorangehen muß;

J. E., daß der §. 25 des Ressortreglements in Ansehung der Exekution der wider den Fiskus, eine Gemeinde oder eine unter der Aufsicht der Regierung stehende öffentliche Anstalt ergangenen Urtheile das bis dahin bestandene Recht aufrecht erhält;

Daß aber nach diesem Recht der französischen Intermediärgesetzgebung den Gläubigern einer Gemeinde der Rechtsweg nur behufs Erwirkung eines exekutorischen Titels gestattet, ein gerichtlicher Zwangsvollzug dagegen abgeschnitten und lediglich der Rekurs an die Verwaltungsbehörden gegeben war, eine Bestimmung, welche, wie das Staatsrathsgutachten vom 12. August 1807 erklärt, darin ihren rechtlichen Grund hat, daß den Gemeinden eine freie Disposition über ihr Vermögen nicht zusteht, alle Ausgaben vielmehr die Ermächtigung der Verwaltungs-Behörden bedingen und überhaupt nur auf Grund und nach Maßgabe des von der Verwaltung genehmigten Budjets effektuirt werden können; daß dieselben Grundsätze wegen der Gleichheit der Voraussetzungen auch bei den von der französischen Gesetzgebung den öffentlichen Anstalten gleichgestellten Kirchenfabriken und Instituten der katholischen Kirche zur Anwendung kommen und insbesondere dem Dekrete vom 30. Dezember 1809 zu Grunde liegen, welchem gemäß die Schulden nur aus denjenigen Fonds bestritten werden können, welche die Verwaltung dazu angewiesen hat, und die zu diesem Zweck auf das Budjet gebracht worden sind;

Digitized by Google

J. E., daß nun zwar bezüglich der evangelischen Kirche eine gleiche Beschränkung des Zwangsvollzugs nicht bestand und nicht bestehen konnte, weil das organische Gesetz vom 18. Germinal J. X., wie insbesondere aus der von Portalis, dem Redakteur dieses Gesetzes, dem Saar-Präfekten ertheilten Instruktion vom 3. März und 17. Mai 1806, sowie dem Circular des Präfekten des Roer-Departements vom 31. Januar 1813 sich ergibt, die Güter, Fundationen, Schulen und Wohlthätigkeits-Anstalten der evangelischen Kirche als Vermögen einer gewöhnlichen Societät behandelt, und — behufs Aufrechterhaltung der Bestimmungen des westphälischen Friedens — ihre Verwaltung von jeder Controlle der Verwaltungs-Behörde eximirt und der freien Disposition der Consistorien überläßt;

J. E., daß jedoch nach der Vereinigung der rheinischen Landestheile mit der preußischen Monarchie der so eben hervorgehobene Unterschied zwischen der evangelischen und katholischen Kirche bezüglich ihrer resp. rechtlichen Behandlung und Stellung zu dem Staate hin weggefallen ist, und die evangelische Kirche nicht minder wie die katholische eine öffentliche, der Aufsicht der Staatsregierung unterstehende Anstalt bildet, daß demzufolge auch die aus dieser Voraussetzung sich ergebenden oben gezogenen Consequenzen bezüglich der Verwaltung ihres Vermögens und der Unstatthaftigkeit des Zwangsvollzuges als Platz greifend erachtet werden müssen;

J. E., daß Appellantin zur Beseitigung der erhobenen Unstatthaftigkeits-Einrede sich unmöglich auch auf das Gesetz vom 7. März 1822 berufen kann, schon deshalb nicht, weil — abgesehen davon, daß dasselbe, nur an die Stelle der einen transitorischen Zweck verfolgenden kaiserlichen Dekrete vom 9. vendèmiaire J. XIII. und vom 21. August. 1810 tretend, lediglich die Regulirung des damaligen Gemeindeschuldenwesens und die Ausführung der zu diesem Zwecke zu entwerfenden Schuldentilgungspläne zum Gegenstand hat, an den allgemeinen, die Dispositions-Befugnisse der Gemeinden und des Gemeinde-Haushaltswesen betreffenden Grundsätzen überhaupt aber nichts ändert — dieses Gesetz auch lediglich auf die bürgerlichen Gemeinden, keineswegs aber auch auf andere öffentliche unter der Aufsicht des Staats stehende Anstalten, insbesondere nicht auf Kirchen-Gemeinden sich bezieht, somit aber in seinen materiellen Bestimmungen erst alsdann in

Digitized by Google

Betracht zu ziehen wäre, wenn — unter der Voraussetzung, daß das eingeleitete Verfahren ein der Civil-Gemeinde zugehöriges Pfarrhaus zum Gegenstande hätte — die Statthaftigkeit dieses Verfahrens noch in Frage stände;

J. E., daß endlich auch durch die rein prinzipielle Bestimmung des Art. 15 der Verfassung an dem oben entwickelten, den Zwangsvollzug gegen öffentliche Anstalten nicht gestatteten Zustande der Gesetzgebung nichts geändert erscheinen kann;

J. E., daß demnach der ohne Weiteres eingeleitete Zwangsvollzug sich nothwendig als unstatthaft darstellt.

II. Senat. Sitzung vom 18 Januar 1873.

Advokaten: Esser I. — Compes.

Pflichttheil. — Ehegatte. — Reduktion des Nießbrauches.

Die Zuwendung, eines die disponible Quote des Art. 1098 des B.-G.-B. überschreitenden Nießbrauch durch einen zur II. Ehe geschrittenen Ehegatten, welcher Kinder aus I. Ehe aber keine aus II. Ehe hat, an den II. Ehegatten ist nicht auf den Nießbrauch der disponiblen Quote des Art. 1098 zu reduciren; sondern es ist dieselbe unter Anwendung des Art. 917 l. c., von den Erben des Schenkgebers, entweder ganz zu vollstrecken oder aber die disponible Quote des Art. 1098 l. c. der Beschenkten in Eigenthum zu überlassen.

Scheibler — Kayser.*)

Sophia Cramer hatte aus erster Ehe mit Heinrich Fauth eine Tochter Eugenie, jetzt Ehefrau Kayser, aus zweiter Ehe mit Scheibler keine Kinder. Sie starb 1862 mit Hinterlassung eines Testamentes, worin sie ihrem zweiten Ehemann die

*) Der gegen das nachstehende Urtheil eingelegte Cassationsrekurs wurde durch Urtheil des Königl. Obertribunals vom 5. November 1872 aus folgenden Gründen verworfen:

J. E., daß, wenn auch die Anwendbarkeit des Art. 917 des B.-G.-B. in den Fällen des Art. 1098 ibid. im Gesetze nicht direkt ausgesprochen oder anerkannt ist, doch ebenso wenig aus der Fassung desselben die entgegengesetzte Absicht sich entnehmen läßt, seine Anwendbarkeit auf die Fälle zu beschränken, in welchen beim Vorhan-

Digitized by Google

Hälfte ihres Nachlasses zum lebenslänglichen kautionsfreien Nießbrauch vermacht hatte. Die Eheleute Kayser klagten gegen Scheibler auf Theilung des Nachlasses der Sophia Cramer und begehrten, daß von demselben 3/4 der Ehefrau Kayser zu vollem und, 1/4 zu nacktem Eigenthum, dagegen dem Scheibler

---

densein von Vorbehalts-Erben andere Personen als der zweite Ehegatte mit einem Nießbrauche oder einer Leibrente bedacht sind.

Daß insbesondere die Stellung des Art. 917 in dem „von dem disponibeln Vermögenstheile und von der Reduktion handelnden Capitel des B.-G.-B. und somit in unmittelbarer Verbindung mit den Bestimmungen über die disponible Quote, wie sie im Interesse der Vorbehalts-Erben gegenüber allen sonstigen Geschenknehmern und Legatarien festgesetzt ist, während der die disponible Quote bezüglich des zweiten Ehegatten abweichend bestimmende Art. 1098 seine Stelle in dem Capitel „von den Verfügungen der Ehegatten im Ehevertrage und während der Ehe gefunden hat, es allein nicht begründen kann, die Anwendbarkeit des erstgedachten Artikels in dem hier vorliegenden Falle eines dem zweiten Ehegatten letztwillig zugewendeten Nießbrauchs an einem die dem Eigenthum nach verfügbare Quote übersteigenden Theile des Nachlasses auszuschließen;

Daß es vielmehr nur darauf ankommt, ob in dem Art. 917 eine allgemeine, nach Zweck und Gegenstand auch die Fälle der letztgedachten Art umfassende Rechtsnorm gefunden werden muß;

Daß der Art. 917 cit. ein Auskunftsmittel schaffen wollte, um der Schwierigkeit zu begegnen, welche sich darbot, wenn der Werth eines Nießbrauchs oder einer Leibrente in seinem Verhältnisse zur disponiblen Quote noch bei Lebzeiten des Bedachten ermittelt werden müßte;

Daß die zu diesem Zwecke im Art. 917 getroffene Bestimmung ebensowohl das Interesse der Vorbehaltserben, als das des Bedachten gewahrt und sicher gestellt hat; dasjenige der Erben insbesondere insofern, als die ihnen überlassene Wahl, ob sie vorziehen, die Verfügung des Erblassers zu vollziehen, oder das Eigenthum an der disponiblen Quote aufzugeben, ihnen gewissermaßen die Schätzung des vermachten Nießbrauchs anheim gibt, und es ihrer eigenen Entscheidung überträgt, ob sie sich durch die Erfüllung der Verfügung in ihrem Vorbehalt beeinträchtigt glauben, ihnen auch das Mittel gewährt, sich von einer darin gefundenen Ueberbürdung zu befreien;

Daß die Schwierigkeiten, welche sich rücksichtlich der Abschätzung eines Nießbrauchs oder einer Leibrente gegenüber einer nur die Zuwendung des Eigenthums ins Auge fassenden Bestimmung über die disponible Quote ergeben, unverkennbar völlig dieselben sind, zu wessen Gunsten auch die Verfügung getroffen sein mag, ob insbesondere die Zuwendung an den zweiten Ehegatten geschehen ist und deßhalb eventuell der Reduktion nach Art. 1098 unterliegen würde, oder an eine andere Person, zu deren Gunsten über die in den Art. 913 und 915 gedachten Vermögenstheile verfügt werden darf;

Digitized by Google

1/4 zu lebenslänglicher Nutznießung zuerkannt werde. Scheibler beantragte, ihm die Nutznießung von der Hälfte zuzusprechen.

Das Königl. Landgericht zu Aachen entsprach der Klage durch Urtheil vom 4. Januar; auf die von Kayser eingelegte Berufung erkannte der Hof reformatorisch wie folgt:

Daß zwar der Art. 1098 der besonderen legislativen Absicht entsprungen ist, den Benachtheiligungen vorzubeugen, welche sonst die Kinder aus einer früheren Ehe in Folge eines Nießbrauchs, des das eigene, und das Interesse der eigenen Kinder verfolgenden Einflusses ihres Stiefvaters oder ihrer Stiefmutter treffen könnte, daß aber, wenn der Artikel sich sonach auch als eine auf die Erreichung dieses Zweckes gerichtete Prohibitivbestimmung darstellt, die innere rechtliche Natur dieses nur die Freigebigkeiten zu Gunsten bestimmter Personen betreffenden Verbots demnach keine wesentlich andere, als diejenige der allgemeinen Vorschriften ist, welche in den Art. 913 und 915 bezüglich des Rechts zu Gunsten aller sonstigen Personen durch freigebige Akte zu verfügen, in einer diese Befugniß minder beschränkenden Weise gegeben und nicht minder als Prohibitivbestimmungen aufzufassen sind;

Daß die Vorschrift des Art. 1098 in ihrem Verhältnisse zu den Art. 913 und 915 vielmehr nur die besondere Bedeutung einer für den Fall der Concurrenz des zweiten Ehegatten mit Kindern aus erster Ehe vom Gesetze angeordneten Erhöhung und Vermehrung des der freien Verfügung entzogenen Vermögenstheiles beizumessen ist, daß aber aus der Natur des in dieser Hinsicht mit den Art. 913 und 915 auf derselben Linie stehenden Art. 1098 als eines Prohibitivgesetzes ein Grund gegen die Anwendbarkeit des Art. 917 in den Fällen des Art. 1089 keineswegs herzuleiten ist; daß vielmehr von einer durch die Wahl des Erben möglicherweise eintretenden Verletzung eines solches Prohibitivgesetzes und von einer hierdurch bedingten prinzipiellen Unzulässigkeit einer solchen Wahl überall da nicht die Rede sein kann, wo es sich um Rechte der Vorbehaltserben handelt, deren Geltendmachung oder völlige Aufgebung stets von ihrem freien Willen und Entschlusse abhängig bleibt, also auch, ohne daß das Gesetz dadurch mit der dem Art. 1098 zu Grunde liegenden Anschauung in Widerspruch getreten sein würde, dem Erben selbst die Entscheidung überlassen werden konnte, ob er der völligen Aufgebung des Eigenthums an der disponiblen Quote die vollständige Erfüllung der ihm rücksichtlich des Nießbrauchs gemachten Auflage als die ihm günstigere Alternative vorziehe;

Daß es hiernach an einem inneren Grunde, die Anwendbarkeit des Art. 917 in dem Falle des Art. 1098 auszuschließen, auf welchen derselbe sowohl seinem Gegenstande als seinem Zwecke nach vollständig paßt, überall fehlt, die innere völlige Gleichheit der Fälle vielmehr seine gleichmäßige Anwendung geboten erscheinen läßt;

Daß es hiergegen schließlich auch nicht in Betracht komme und nicht entscheidend sei, daß in dem hier vorliegenden und in ähn-

Digitized by Google

Urtheil.

In E., daß der Art. 901 des B.-G.-B. die Bestimmung enthält, daß bei dem Vermächtniß eines Nießbrauches, dessen Werth die disponible Quote übersteigt, der Vorbehalt-Erbe die Wahl hat, entweder demselben zu genügen, oder die disponible Quote aufzugeben.

Daß dieser Artikel sich in Cap. II. des III. Titels 3. Buches findet, welches von der disponiblen Quote des Vermögens und von der Reduktion handelt;

Daß wegen dieser Stellung des Artikels nach den Art. 913 und 915, welche den gewöhnlichen Vorbehalt behandeln und, weil er eine singuläre Vorschrift enthalte, und bei dem Art. 1098 des B.-G.-B. nicht wiederholt werde, dessen Nichtanwendbarkeit im Falle des Art. 1098 behauptet wird:

Daß an sich die Vorschrift des Art. 917 nicht mehr singulärer Natur ist als die übrigen Bestimmungen über den Vorbehalt auch und lediglich als eine einzelne der mehreren diese Materie regulirenden Vorschriften erscheint;

Daß im Cap. III. von dem Vorbehalt überhaupt und zwar von dem gewöhnlichen — der Kinder und Enkel — gehandelt und für dieses Institut die gesetzlichen Normen, aufgestellt werden, welche aber als Normen, die rücksichtlich des disponiblen Theils überhaupt gelten, auch da zur Anwendung kommen müssen, wo das Gesetz einen Vorbehalt statuirt, so-

---

lichen Fällen die Absicht des Testators jedenfalls nur auf die Gewährung des Nießbrauchs an seiner Quote des Nachlasses gerichtet sei und es daher mit der Absicht des Disponenten in Widerspruch trete, wenn der Bedachte nach Maßgabe des Art. 917 durch die Wahl der Vorbehaltungserben auf eine das Viertheil des Nachlasses niemals übersteigende Quote des Nachlasses angewiesen werden könne, daß insbesondere nicht abzusehen ist, weßhalb eine derartige Abweichung von dem ausgesprochenen Willen des Testators, wie sie in dem Art. 917 unbestreitbar rücksichtlich der übrigen mit Freigebigkeiten gleicher Art über die disponible Quote hinaus bedachten Personen sanctionirt ist, dem zweiten Ehegatten gegenüber wieder zulässig sein sollte;

Daß hiernach der Appellationsrichter den Art. 917 nicht unrichtig angewendet und diesen Artikel so wenig als die übrigen in dem Cassationsgesuche hervorgehobenen Gesetzesstellen verletzt hat.

Digitized by Google

fern nicht durch den Inhalt der besondern denselben betreffenden Vorschriften, eine solche Anwendung ausgeschlossen ist, und diese Anwendung nicht auf der Analogie beruht, sondern darauf, daß die einzelnen Fälle unter der Regel zu subsumiren sind;

Daß im Allgemeinen über die Anwendbarkeit der Bestimmungen im Cap. III. auch auf den Vorbehalt des Art. 1094 und 1098, soweit sie darauf passen, kein Zweifel obwaltet, mit Ausnahme des Art. 917.

Daß hierzu Grund vorliegen würde, wenn er eine Singularität enthielt, welche auf solche Eigenschaften des gewöhnlichen Vorbehaltes beruhte, in welcher dieser von dem Vorbehalte des Art 1098 verschieden ist;

Daß eine solche Behauptung aber nicht aufgestellt werden kann.

Daß die Fassung des Art. 917 allgemein ist und eine Beschränkung desselben auf die Art. 913 und 915 wenigstens aus seinen Worten nicht gefordert werden, daher auch in seiner Anwendung auf Art. 1098 von einer Anwendung nur auf Grund einer Analogie nicht Rede sein kann;

Daß der anerkannte Zweck desselben, die Schwierigkeit und Unsicherheit der Werthabschätzung eines Nießbrauches oder einer Rente zu vermeiden, ohne das Interesse des Erben oder Legators zu verletzen, bei dem Art. 1098 in ganz gleicher Weise Platz greift;

Daß diese Vorschrift rechtlich ihre Begründung in dem allgemeinen Princip findet, daß der Erbe die Dispositionen des Erblassers anerkennen muß und nur ein Recht auf den Vorbehalt hat, und dieselbe an dieses Princip sich anschließt und wenn auch nicht als absolut nothwendige Consequenz, doch als eine natürliche und zudem auf der Billigkeit beruhende Folgerung entscheidet;

Daß aber der Vorbehalt des Art. 1098 in Besonderheit anhält, welche der Anwendung des Art. 917 entgegenstände, da er seiner rechtlichen Natur nach dem Vorbehalt des Art. 913 seq. gleichsteht:

Daß bei dieser Gleichartigkeit der Verhältnisse, der allgemeinen Fassung des Art. 917 und seiner Stellung an dem Orte, wo überhaupt bei allgemeinen Principien über den Vorbehalt ihre Stellung zu finden hatten, die Anwendung desselben auch auf den Fall des Art. 1098 gerechtfertigt und

Digitized by Google

nothwendig erscheint und der entgegenstehenden Ansicht des ersten Richters nicht beizupflichten ist.

Aus diesen Gründen

verordnet der Hof unter Reformation des Urtheils des Königl. Land-Gerichtes zu Aachen, 4. Januar 1871, daß die Theilung des Nachlasses der Erblasserin in der Art stattfinde, daß davon die Ehefrau Kayser die Hälfte zum vollen und die andere Hälfte zum nackten Eigenthum, Scheibler dagegen die Hälfte in lebenslänglichem cautionsfreien Nießbrauch erhält; beurkundet dem Scheibler, daß er bereit ist, den Eheleuten Kayser das Oppositionsrecht des Art. 917 einzuräumen.

II. Senat. Sitzung vom 8. März 1872.

Advokaten: Nacken — Pheifer.

Eisenbahn-Gesellschaft. — Fracht-Geschäft. — Verantwortlichkeit.

Die Höhe der Ersatzverbindlichkeit einer Eisenbahn-Gesellschaft für den Verlust eines Frachtstückes, welches ihr als Bestandtheil einer aus mehreren Collis bestehenden, zu einer Gesammtsumme mit einem Gesammtgewichte deklarirten Sendung zum Transport übergeben ist, richtet sich nicht nach dem Verhältniß des Gewichtes des verlorenen Stückes zu dem deklarirten Gesammtgewichte, sondern der Differenz zwischen dem Werthe der abgelieferten Stücke zu dem deklarirten Gesammtwerthe.

Bergisch-Märkische Eisenbahn-Gesellschaft — T. Seydt und Söhne.

Urtheil.

In E., daß die erhobene Klage den Ersatz zweier der verklagten Eisenbahn-Gesellschaft am 25. Januar und 18. Aug. 1871 zum Transport übergebenen und verlustig gewordenen Frachtstücke zum Gegenstande hat;

Daß die Eisenbahn-Gesellschaft ihre desfallsige Verpflichtung im allgemeinen nicht bestreitet, auch den ersten Posten im reduzirten Betrage von 50 Thlrn. als richtig anerkennt;

Daß dieselbe aber, was den zweiten Posten, eine verlorene Kiste mit Manufacturwaaren im Gewichte von 473 Pfund betrifft für diese Kiste, aus dem Grunde, weil dieselbe zu einer aus 5 Collis bestandenen Sendung im Gesammtgewichte von

Digitized by Google

1811 Pfund gehörte, die zu einer Gesammtwerthsumme von 2000 Thlrn. deklarirt worden, nur den nach Verhältniß des Gewichts der Kiste zum Gewichte der ganzen Sendung berechneten Theilbetrag der Summe von 2000 Thlrn. mit 522 Thlrn. 10 Sgr. 10 Pfg. vergüten will, während F. Seydt u. Söhne als den wirklichen Werth, welchen der Inhalt der Kiste nach ihrer Behauptung gehabt, einen Betrag von 617 Thlrn. 3 Sgr. 3 Pfg. ersetzt verlangen.

J. E., daß die Parteien darüber einverstanden sind, daß in dem über die fragliche Sendung ausgefertigten Frachtbriefe die vorletzte Colonne der Vorderseite, welche laut ihrer Uebersicht die Werthdeklaration der einzelnen Positionen der Sendung enthalten sollte, unausgefüllt geblieben ist, und nur auf der Rückseite an der dafür bestimmten Stelle als deklarirte Gesammtwerthsumme der Betrag von 2000 Thlr. eingetragen gewesen, und die Eisenbahn-Gesellschaft anerkennt, daß damit der Vorschrift des §. 23 des Art. 427 des H.-G.-B. und des Betriebs-Reglements für die Eisenbahnen Deutschlands Genüge geschehen sei.

J. E., daß die Behauptung der verklagten Eisenbahn-Gesellschaft, daß Seydt u. Cie. durch die Unterlassung einer speziellen Werthdeklaration ihren Willen kundgegeben haben, ohne Rücksicht auf den Inhalt der einzelnen Stücke nur das auf dem Frachtbriefe angegebene Gesammtgewicht als Maaßstab für die deklarirte Gesammtwerthsumme gelten zu lassen und die einzelnen Stücke also nur als nach Verhältniß ihres Gewichts zu jenem Gesammtgewichte deklarirt zu betrachten, nicht als zutreffend angenommen werden kann, da die Gewichtsangabe auf dem Frachtbriefe zu ganz andern Zwecken geschieht, und es hier, wo es sich nicht um eine Anwendung des § 23 Nr. 2 des Betriebs-Reglements und den Normalsatz von 20 Thlrn. nach dem Gewichte eines Centners handelt, willkürlich und unzulässig erscheint, aus der Gewichtsangabe ein entscheidendes Moment für die Werthdeklaration herzuleiten und die Werthe der einzelnen Collis je nach den Pfunden ihres Gewichts zu bestimmen, daß vielmehr die Eisenbahn-Gesellschaft, indem sie eine lediglich auf die gedachte Gesammtwerthsumme lautende Declaration genehmigte, die ganze Sendung als ein einziges Frachtstück betrachten und gelten lassen muß, und mit der Uebernahme zum Transport die Verpflichtung einging, ent-

Digitized by Google

weder dieses ganze Objekt oder dessen Werth mit 2000 Thlr. zu repräsentiren;

Daß hieraus folgt, daß die Eisenbahngesellschaft, wenn sie in Folge eines eingetretenen Verlustes des einen oder andern Stückes nur zur Ablieferung eines Theiles des Frachtgutes im Stande ist, für diesen fehlenden Theil einen Ersatz in Geld zu leisten hat, bis im Ganzen der Satz von 2000 Thlrn. erreicht ist;

Daß es hiernach Sache der Eisenbahn-Gesellschaft sein würde, darzuthun, daß der Werth der abgelieferten Stücke und der von ihr angebotene Betrag von 522 Thlrn. 10 Sgr. 10 Pfg. zusammen die mehrgedachte Summe von 2000 Thlrn. erschöpfe, sie also mit Zahlung jenes Betrages ihrer Verpflichtung zur Repräsentation des ganzen declarirten Werthes vollständig genüge;

Daß, da von ihr ein solcher Nachweis nicht einmal erboten ist, und überhaupt von dem entwickelten Gesichtspunkte aus, die Höhe der klägerischen Forderung von ihr nicht bestritten worden ist, Firma Friedr. Seydt u. Söhne die sofortige Zuerkennung der letzteren hätte verlangen können;

Daß die klägerische Firma statt dessen sich in erster Instanz noch mit einem Beweise belastete, und auch gegenwärtig gegen die demgemäß ergangene Entscheidung des ersten Richters sich nur insofern beschwert, als in derselben der ihr aufgegebene Beweis nicht ihrem Antrage entsprechend wirklich normirt worden sei, daß bei dieser Lage der Sache lediglich deren Anträge auf Zulassung zu dem jetzt erbotenen Beweise statt zu geben ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die von der appellantischen Eisenbahn-Gesellschaft gegen das Urtheil des Königl. Handelsgerichts zu Elberfeld vom 23. März 1872 eingelegte Berufung als unbegründet, nimmt dagegen die Berufung der appellantischen Handlung an, und läßt dieselbe, statt zu dem ihr durch das gedachte Urtheil aufgegebenen Beweise, zu einem näher artikulirten Beweise über den wirklichen Werth der verlorenen Kiste mit Manufakturwaaren zu u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 23. April 1873.

Advokaten: Wallraf — Beißel.

Digitized by Google

Frachtbrief. — Fracht-Vertrag. — Beweis.

Der Frachtbrief ist kein Formular-Akt mit der Wirkung eines Ladescheines des Art. 415 des H.-G.-B., wodurch die Rechte und Pflichten des Empfängers auch dem Frachtführer gegenüber unabänderlich festgestellt werden, sondern nur eine Beweisurkunde über den zwischen dem Absender und dem Frachtführer abgeschlossenen Frachtvertrag.

Es sind deßhalb einerseits andere Beweismittel über den Fracht-Vertrag nicht ausgeschlossen und andererseits können Auslassungen und irrthümliche Angaben in dem Frachtbriefe als solche nachgewiesen werden.

Mayer — Rheinische Eisenbahn.

J. E., daß nach den gegenseitigen Erklärungen der Parteien und der vorgelegten Correspondenz thatsächlich als feststehend zu erachten ist, daß Johann Knödgen von einer größern für ihn in Deutz angekommenen Parthie polnischen Weizens ein Quantum von 148 Säcken an Ferdinand Frank und dieser dieselbe Quantität weiter an den Appellanten Mayer verkauft hat, — daß Frank diesen Weizen, Ausweise seines Frachtbriefes vom 28. Februar 1871, der Köln-Mindener Eisenbahn zum Transporte an Mayer in Linz übergeben hat, — daß jedoch in Folge einer unrichtigen, auch in den Frachtbrief übergegangenen Bezeichnung eines Waggons, worin der Weizen sich befand, nur 88 Säcke nach Linz befördert und dort angekommen sind, — daß auf die Reclamation des Mayer vom 12. März ej. jener Irrthum aufgeklärt ist und sodann die fehlenden 60 Säcke Namens des Frank von Knödgen, welcher auch den Frachtbrief für letztern ausgestellt haben will, am 1. Mai ej. nachgeschickt sind, von Mayer aber deren Annahme, wie es scheint, wegen schlechter Qualität des Weizens verweigert worden ist;

Daß nach diesem factischen Hergange von einer in Verlust gegangenen Waare, wofür die Eisenbahn nach Art. 395 des H.-G.-B. aufzukommen hätte, gar keine Rede sein kann;

Daß demohnerachtet Appellant glaubt, lediglich auf Grund des gedachten, von der Köln-Mindener Eisenbahn auf die Rheinische Eisenbahn übergegangenen, Frachtbriefes vom 28.

Digitized by Google

Februar 1871 den vollen Werth der qu. nachgelieferten 60 Säcke Weizen von der Rheinischen Eisenbahn ersetzt verlangen zu können;

Daß jedoch Appellant hierbei zunächst das Wesen des Frachtbriefes verkennt, wenn er dieselben als einen Formular-Act mit der Wirkung eines Ladescheines des Art. 415 des H.-G.-B., wodurch die Rechte und Pflichten des Frachtführers, auch dem Empfänger gegenüber unabänderlich festgestellt seien, aufgefaßt wissen will; da der Frachtbrief kein Essentiale des Frachtvertrages ist, vielmehr in Art. 391 des H.-G.-B. ausdrücklich nur als eine Beweisurkunde über den zwischen dem Frachtführer und dem Absender abgeschlossenen Frachtvertrag bezeichnet wird, welchen der Frachtführer von dem Absender zu fordern berechtigt ist, — aus dieser seiner Natur, als eines Beweisdocuments, aber von selbst folgt, daß, sowie einerseits dadurch andere Beweismittel über den Inhalt des Frachtvertrages nicht ausgeschlossen sind, so auch andererseits Auslassungen und irrthümliche Angaben im Frachtbriefe als solche nachgewiesen werden können;

Daß aus demselben Grunde es auch unrichtig ist, wenn Appellant unter Bezugnahme auf den Art. 405 des H.-G.-B. weiter behauptet, daß für ihn als Empfänger der Waare dem Frachtführer gegenüber, der Inhalt des Frachtbriefes allein und ausschließlich maßgebend sei, da er zunächst mit dem Frachtführer in gar keinem Contractsverhältnisse sich befindet, und wenn der Art. cit. dem Empfänger ausnahmsweise gestattet, die Rechte aus dem ohne seine Zuziehung zwischen Absender und Frachtführer abgeschlossenen Frachtvertrage gegen den letztern, im eigenen Namen geltend zu machen, hieraus doch nicht folgt, daß er andere, als die durch den Frachtvertrag zwischen den eigentlichen Contrahenten begründeten Rechte selbstständig zu verfolgen berechtigt sei;

Daß vielmehr für den Umfang der Rechte und Pflichten des Empfängers gegenüber dem Frachtführer der ursprüngliche Frachtvertrag die alleinige und entscheidende Quelle für Klagen und Exceptionen der Partheien bildet und bei etwaigen Widersprüchen desselben mit dem Inhalte des entweder von Anfang an unrichtigen oder in Folge späterer Anweisungen des Absenders (Art. 402 des H.-G.-B.) unrichtig gewordenen Frachtbriefes, dem erstern der Vorzug gebührt;

Digitized by Google

J. E., daß nun aber bereits durch Schreiben der Rheinischen Eisenbahn vom 18. April 1871 dem Appellanten mitgetheilt war, daß derselben nur die auch abgelieferten 88 Säcke zur Beförderung an ihn zugegangen seien, Appellant somit alle Veranlassung hatte, anstatt sofort am 20. April Klage gegen die in gar keinem Rechtsnexus mit ihm stehende Rheinische Eisenbahn zu erheben, zunächst auf seinen Verkäufer und Absender Frank zurückzugehen, — daß er aber dies thun mußte, nachdem der bei Absendung der Waare begangene Irrthum entdeckt, die Nachsendung der zurückgebliebenen 60 Säcke am 1. Mai an ihn erfolgt und er dazu übergegangen war, deren Annahme zu verweigern, aus Gründen, welche nur mit seinem Contrahenten discutirt und gegen denselben hätten geltend gemacht werden können;

Daß von dem Appellanten allein auf Grund des stattgehabten Verfahrens ein Anspruch wegen verspäteter Lieferung gegen die Eisenbahn hätte erhoben werden können, vorausgesetzt, daß dasselbe der letztern und nicht dem Absender resp. dessen Mandatar zu imputiren gewesen wäre, — daß hierauf aber nicht geklagt und von diesem Fundamente hier um so mehr abzusehen ist, als die Eisenbahn sich zum Ersatze aller durch dies Verfahren entstandenen Unkosten bereit erklärt, Appellant jedoch diese Offerte zurückgewiesen hat;

Daß demnach und mit Rücksicht auf die Bestimmung des Art. 48 des Einführungs-Gesetzes Appellant durch das angegriffene Urtheil nicht beschwert erscheint.

Aus diesen Gründen

verwirft der Appellationsgerichtshof die Berufung von dem Urtheile des Königlichen Handels-Gerichtes zu Köln vom 3. Januar 1872.

II. Senat. Sitzung vom 10. Januar 1873.

Advokaten: Dubelmann — Riethe — Camper — Vogel.

Wechsel. — Collision der Gesetze. — Eigener domizilirter. — Protest. — „Zahlbar bei". — Unzulässige Klageänderung. — Bereicherungsklage.

Die Frage, ob der wechselmäßige Anspruch gegen den Aussteller eines an einem Orte des In-

Digitized by Google

landes gezogenen Wechsels wegen Mangels des rechtszeitigen Protestes verloren sei, richtet sich auch dann nach den inländischen Gesetzen, wenn der Wechsel auf einen Ort des Auslandes gezogen ist.

Dieses gilt auch bei einem eigenen domizilirten Wechsel.

Der Beweis, daß der Wechsel in Wirklichkeit an einem andern als dem darin angegebenen Orte ausgestellt sei, ist bei der formalen Natur des Wechsels unzulässig.

Eigene domizilirte Wechsel sind nur in dem Falle bei dem Domiziliaten zu protestiren, wenn ein von dem Aussteller verschiedener Domiziliat in dem Wechsel benannt ist.

Durch die Formel „Zahlbar bei" auf einem Wechsel wird in gleicher Weise wie durch die Formel „Zahlbar durch" der Domiziliat genügend bezeichnet.

Wenn der Wechselklage gegen den Aussteller, die Bereicherungsklage aus dem Art. 83 der Wechsel-Ordn. oder Schuldscheinklage aus dem Wechsel substituirt wird, so sind dieses nur unzulässige Klageänderungen.

Lehmann — Schmidt-Rink.

Urtheil.

J. E., daß die Frage, ob der rechtmäßige Anspruch gegen den Aussteller eines an einem Orte des Inlandes gezogenen Wechsels wegen Mangels des rechtzeitigen Protestes verloren sei, sich auch dann, wenn der Wechsel auf einen Ort des Auslandes gezogen ist, nach den inländischen Gesetzen richtet, bejaht werden muß, da der Art. 86 der Allg. D. W-Ordn., welcher die mit einem Wechsel an einem ausländischen Platze zur Erhaltung des Wechselrechts vorzunehmenden Handlungen zum Gegenstand hat, das dort geltende Recht nur über die Form dieser Handlungen entscheiden läßt, die Form aber zu der materiellen Erforderlichkeit der Handlungen in Gegensatz steht und der Art 86 um so gewisser in diesem das ausländische Recht auf die Formen der Handlungen beschränkenden Sinne

Digitized by Google

aufgefaßt werden muß, da der §. 77 des Preuß. Entwurfes zur W.-O. die allgemeinere Bestimmung enthielt, daß über jene Handlungen das ausländische Recht entscheide, man dagegen bei der Berathung der Allg. D. W.-Ordn. darüber einverstanden war, daß dieser Satz sich bloß auf die Form beziehe, (Prot. S. 146) und hiernach der Preuß. Entwurf abgeändert worden ist;

Daß aber auch abgesehen von dem Art. 86 der W.-Ord. und der obigen Auffassung desselben allgemeine Grundsätze das Nämliche ergeben, weil der Zahlungsort eines Wechsels nicht den Erfüllungsort für diesen Wechsel und alle darauf befindlichen Personen überhaupt darstellt, vielmehr eine jede einzelne in einen Wechselnexus tretende Person durch ihre Zeichnung eine eigene selbstständige Wechselverbindlichkeit eingeht und die Erforderlichkeit einer zur Erhaltung des Wechselrechts vorzunehmenden Handlung eine Modifikation der Wirksamkeit der rechtserzeugenden Wechsel-Zeichnung ist, daher wie diese nach dem Recht des Aktes der Zeichnung, woraus die betreffende Wechselverbindlichkeit entstanden ist, beurtheilt werden muß, indem der Zeichner bei Eingehung seiner Verbindlichkeit sich hinsichtlich derselben sich diesem Recht, nicht einem auswärtigen Recht unterworfen hat;

Daß es sich nicht anders bei einem eigenen domizilirten Wechsel verhält, da gemäß Art. 98 Nr. 10 des Art. 86 der D. W.-Ord. auch für eigene Wechsel gilt, auch im Sinne der D. W.-Ord., sowie nach Art. 99 der Domizilliat bei einem eigenen Wechsel als eine von dem Aussteller verschiedene Person aufgefaßt werden muß, und die von dem Aussteller durch seine Zeichnung eingegangene Wechselverbindlichkeit in ihrer Wirkung durch das Erforderniß des Protestes bei dem Domiziliaten modifizirt wird, ein Grund zu der Annahme aber nicht vorliegt, daß der Aussteller das Domiziliat eigenen Wechsel sich hinsichtlich seiner Wechselverbindlichkeit dem ausländischen Recht, welches am Ort des Domizilliaten gilt, habe unterwerfen wollen;

Daß demnach, da die Ausstellung des hier fraglichen Wechsels nach Inhalt der Urkunde selbst in Saarbrücken geschehen ist, die Allg. D. W.-Ord. maßgebend ist, wenngleich die Zahlung des Wechsels in Metz geschehen sollte;

Daß gegenüber der formalen Natur des Wechsels, wonach es zur Beurtheilung der Verbindlichkeit aus demselben einzig

Digitized by Google

auf den Inhalt der Wechselurkunde selbst ankommt, der von dem Appellanten erbotene Beweis, daß der Wechsel in Wirklichkeit zu Saargemünd ausgestellt worden sei, unzulässig erscheint;

Daß der Appellant sich daher mit Recht auf die Bestimmung des Art. 99 der Allg. D. W.-Ord. beruft, wonach bei dem eigenen domicilirten Wechsel zur Erhaltung des wechselmäßigen Anspruchs gegen den Aussteller die Protesterhebung bei dem Domiciliaten erforderlich ist;

Daß es allerdings nach der richtigen Auslegung jenes Artikels einer solchen Protesterhebung nur in dem Falle bedarf, wenn ein von der Person des Ausstellers verschiedener Domiciliat in dem Wechsel benannt ist;

Daß aber die Benennung eines solchen Domiciliaten durch die Worte „zahlbar bei Herrn Samson im Hôtel Paris in Metz" auf dem fraglichen Wechsel deutlich geschehen ist, und keineswegs diesem Ausdrucke der Sinn beigelegt werden kann, daß dadurch nur der Ort hätte bezeichnet werden sollen, an welchem der Aussteller selbst die Zahlung leisten wollte, während die Formel: „zahlbar b e i . . . ." eine im Wechselverkehr allgemein geübte ist, und als dem Sinne nach mit: „zahlbar d u r c h" . . . gleichbedeutend von Handelsgebrauch und von den Entscheidungen der höchsten deutschen Gerichtshöfe anerkannt ist;

Daß es auch der formellen Vorschrift des Art. 99 gegenüber selbstredend nicht darauf ankommen kann, wenn Appellat zu einer Zeit, wo noch rechtzeitig Protest erhoben werden konnte, in seinem Schreiben an den Appellanten jede Verpflichtung aus dem fraglichen Wechsel abgelehnt, und dadurch, wie Letzterer behauptet, zu erkennen gegeben hätte, daß er dem Domiciliaten Samson keine Mittel zur Zahlung des Wechsels beschaffen werde;

Daß bei solchem Verhalten des Appellaten dem Appellanten um sovielmehr Veranlassung zur Wahrung seiner Rechte aus dem Wechsel jenem gegenüber gegeben war;

Daß aber unbestrittenermaßen die Protesterhebung versäumt worden, und daher gemäß dem bezogenen Art. 99 der wechselmäßige Anspruch des Appellanten erloschen ist;

I. E., daß Letzterer zur Aufrechthaltung seiner Klage auf Zahlung des Wechselbetrages sich eventuell auch auf den Art. 83 der W.-Ord. beruft, indem er geltend macht, daß Appellat

Digitized by Google

mit Wegfall seiner wechselmäßigen Verbindlichkeit sich um den Betrag des Wechsels zu seinem, des Appellanten, Nachtheil bereichern würde, da er die Valuta baar von ihm empfangen habe;

Daß aber der dem Wechsel-Inhaber durch den gedachten Art. 83 gegebene Anspruch nicht eine Klage aus dem Wechsel oder aus dem Wechselvertrage begründet, sondern auf einem allgemeinen Grundsatze der Billigkeit beruht, wonach Niemand mit dem Schaden eines Andern sich bereichern soll, und sich auf besondere Thatsachen stützt, welche den Klagegrund bilden müssen und neben dem Besitze des Wechsels von dem Kläger zu beweisen wären;

Daß, da hiernach die Wechselklage und die Klage auf Grund einer stattgehabten widerrechtlichen Bereicherung in ihren rechtlichen Begründungen durchaus verschieden von einander sind, es eine unzulässige Klageänderung darstellt, wenn Appellant der ursprünglichen Wechselklage nunmehr eine Klage auf Rückerstattung der angeblich an den Appellaten gezahlten Valuta des fraglichen Wechsels auf Grund des bezogenen Art. 83 substituiren will;

J. E., daß, wenn endlich Appellant den fraglichen Wechsel als einen Schuldschein zu qualifiziren, und die erhobene Wechselklage in eine Klage aus diesem Schuldscheine umzuwandeln versucht, eine solche Klageänderung, abgesehen davon, daß der Wechsel nicht dem Appellanten gegenüber ausgestellt worden, und die Behauptung der Baarzahlung dem Inhalte der Urkunde widerspricht, aus dem angegebenen Grunde ebenso unzulässig erscheint;

Daß nach allen dem die Klage des Appellanten bezüglich des fraglichen Wechsels vom ersten Richter mit Recht zurückgewiesen worden ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die Berufung von dem Urtheile des Königl. Handelsgerichts zu Saarbrücken vom 5. August 1871 unter Verurtheilung des Appellanten in Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 28. April 1873.

Advokaten: Nacken — Drewke.

Cession. — Signifikation. — Collision der Gesetze. — Nassau. — Gemeines Recht. — Falliment.

Eine im Gebiete des Rheinischen Rechtes, zwischen dort wohnenden Personen gethätigte und

Digitized by Google

daselbst durch Zahlung und Abgabe des Titel vollzogene Cession einer Forderung gegen einen im Gebiete des gemeinen Rechtes (Nassau) wohnenden Schuldner ist den Gläubigern des Cedenten gegenüber wirkungslos, wenn sie nicht nach Vorschrift des Art. 1690 des B. G.-B. dem Schuldner vor Ausbruch des Fallimentes des Cedenten signifizirt worden ist.

Die Signifikation muß in einem solchen Falle durch einen dazu nach Nassauischer Rechtsverfassung qualifizirten Beamten oder die Acceptation des Schuldners in einer öffentlichen Urkunde geschehen sein.

Ein Zeugenbeweis hierüber ist nicht zulässig.

Ferdinand Schwanz — Gutacker.

Ferdinand Schwanz ließ am 6. Januar 1869 verschiedene zu Hüblingen (Nassau) gelegene Grundstücke öffentlich versteigern. Die Ansteigerer wohnten in Nassau; zum Empfänger der in drei Jahresterminen fälligen Kaufpreise wurde dessen Bruder Ph. Wilh. Schwanz, welcher auch selbst für 179 Thlr. 9 Sgr. angekauft hatte, bestellt.

Am 29. September 1869 cedirte der inzwischen nach Remscheid übergesiedelte Ferdinand Schwanz durch Akt vor Notar Bunge zu Elberfeld die ihm aus jener Versteigerung Forderungen im Betrage von 3383 Gulden an Ferdinand Gutacker zu Goldenberg (Rheinprovinz) zur Deckung und in Aufrechnung eines demselben für eine Geschäfts-Einrichtung verschuldeten ungefähr gleichen Betrages, welcher auf den Cessionspreis nachgerechnet wurde. Die Uebergabe des Titel der cedirten Forderung geschah gleichzeitig.

Der Notar Bunge ersuchte den Bürgermeister zu Hüblingen unter Uebersendung einer Ausfertigung des Cessions-Aktes diesem, den Ferd. Wilh. Schwanz zu insinuiren. Der Bürgermeister nahm in Folge dessen am 24. October 1869 eine Erklärung des letztern zu Protokoll, daß ihm die Cessionsurkunde insinuirt sei, und daß er sich als Geldempfänger verpflichte, die Steigpreise nach Empfang an Ferdinand Gutacker zu zahlen. — Auf Antrag des vorgenannten Notars für Gutacker hat sodann das Königl. Amtsgericht zu Rennerod zufolge Bescheinigung vom 24. Dezember 1870 die Cession in den Anlagen des Stockbuches der Gemeinde Hüblingen be-

Digitized by Google

urkundet und durch Dekret vom 13. Dezember 1870 die Steigerer benachrichtigt.

Inzwischen war aber Ferdinand Schwanz durch Urtheil des Kgl. Handelsgerichtes zu Barmen vom 30. Mai 1870 fallit erklärt und der Tag der Zahlungseinstellung auf den 25. dss. Mts. festgestellt worden.

Der provisorische Syndik der Fallimentsmasse, klagte am 17. Mai 1871 gegen den Cessionar Gutacker beim Kgl. Handelsgerichte zu Elberfeld, daß die vorberegte Cession für ungültig erklärt und Verklagter verurtheilt werde, über die auf Grund der Cession eingezogenen Beträge Rechnung zu legen, und die nach Ausbruch des Falliments eingezogene Summe nebst Zinsen, andernfalls den Betrag von 2213 Gld. nebst Zinsen herauszugeben.

Die Klage wurde darauf gestützt, daß die Cession der Fallitmasse gegenüber ungültig sei, weil sie den Schuldnern vor Ausbruch des Falliments nicht zugestellt worden sei.

Beklagter trug auf Abweisung der Klage an, indem er behauptete, daß die Frage, ob das Eigenthum der cedirten Forderung auf ihn übergegangen sei, nach gemeinem Recht zu beurtheilen sei, da die Schuldner der cedirten Forderungen in Nassau wohnten und deren Obligationen dort entstanden seien. Den Erfordernissen dieses Rechtes sei sowohl durch die protokollarische Insinuation an Ferd. Wilh. Schwanz als auch durch Benachrichtigung der sämmtlichen Schuldner vor der Cession, worüber Zeugenbeweis erboten wurde, genügt.

Das Landgericht erkannte durch Urtheil vom 3. November 1871 auf dieses Beweiserbieten, indem es erwog, daß die Gütigkeit der im Inlande gethätigten Cession nach Art. 1680 des B.-G.-B.; die Frage aber, in welcher Form die hier vorgeschriebene Insinuation der Cession zu geschehen habe, nach dem Rechte des Ortes, wo dieselben vorzunehmen gewesen sei, zu beurtheilen sei.

Auf die vom Kläger hiergegen eingelegte Haupt- und vom Beklagten eingelegte Incidentberufung hat der Hof in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentlichen Ministeriums auf die Hauptberufung reformatorisch erkannt wie folgt:

Urtheil.

In E., daß die Klage des appellantischen Syndiks dahin gerichtet ist, daß die fragliche von dem Appellaten mit dem

Digitized by Google

Kleidermacher Ferdinand Schwanz vom 29. September 1869 zu Elberfeld abgeschlossene Cession Mangels Beobachtung der Vorschrift des Art. 1690 des B.-G.-B. der Fallitmasse des Letzteren gegenüber für unwirksam erklärt und der Appellant verurtheilt werde, die seit dem Ausbruche des Falliments, 25. Mai 1870, von den cedirten, in Nassau wohnenden Schuldnern eingezogenen Beträge mit Zinsen herauszuzahlen;

Daß die Entscheidung der Sache davon abhängt, ob der Appellat der Schwanz'schen Fallitmasse gegenüber Eigenthümer der cedirten Forderung geworden ist;

Daß die Parteien aber auch darüber streiten, welches Recht bei der Beurtheilung der vorstehenden Frage als maßgebend geltend müsse, ob das Rheinische, oder das in Nassau geltende gemeine Recht? Daher über diesen Punkt zunächst zu entscheiden ist;

J. E., daß es sich bei der Frage nach dem Eigenthumsübergange der cedirten Forderung von den rechtlichen Wirkungen der Cession handelt, daß die vorliegende Cession im Gebiete des Rheinischen Rechts von Bewohnern der Rheinprovinz abgeschlossen worden, und der vom Rheinischen Richter zu entscheidende Streit zwischen der Fallitmasse des Cedenten und dem Cessionar über die Herauszahlung der fraglichen Beträge Seitens des letztern obschwebt, dem Rheinischen Recht aber sowohl das Schwanz'sche Falliment unterworfen ist, als dasselbe auch das persönliche Recht des Appellaten bildet, und ebenso die Fragen, welche die materielle Perfektion der Cession zum Gegenstande haben, beherrscht;

Daß nun der Vorschrift des Art. 1690 des B.-G.-B. zufolge bei Forderungen im eigentlichen Sinne — créances — der Eigenthums-Uebergang in Ansehung Dritter eine Besitzergreifung durch eine Zustellung an den Schuldner resp. die Acceptation desselben voraussetzt;

Daß daher der Appellat, welcher sein Eigenthum an der streitigen Forderung aus der genannten Cession herleitet, dieses Eigenthum der appellantischen Fallitmasse gegenüber auch nur insoweit in Anspruch zu nehmen berechtigt ist, als er dasselbe der bezogenen Gesetzesbestimmung gemäß erworben hat;

Daß, wenn dagegen Seitens des Appellaten eingewendet wird, daß, was den Eigenthums-Uebergang der cedirten Forderung angehe, es nicht auf das Recht der Cession und ihrer Contrahenten, sondern auf das örtliche Recht der Forderung selbst ankomme, und deßhalb hier das am Wohnorte der

Digitized by Google

cedirten Schuldner geltende gemeine Recht maßgebend sein müsse, dieser Einwand sich mit der Erwägung beseitigt, daß es sich im vorliegenden Falle von einem Anspruche gegen die Schuldner, überhaupt von deren Recht und Interesse, nicht handelt, vielmehr lediglich zwischen den Parteien die Frage zu entscheiden ist, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen der Appellat der Schwanz'schen Fallitmasse gegenüber ein jus quaesitum auf die streitige Forderung für sich geltend machen kann;

Daß nach alledem mit dem ersten Richter für die gegenwärtige Sache das Rheinische Recht als normgebend angesehen werden muß und es folgeweise auf alles das, was die Parteien unter Voraussetzung der Anwendbarkeit des gemeinen Rechts für und wider geltend gemacht haben, hier nicht weiter ankommt;

Daß, wenn der Appellant sodann die Klage auch auf das Nassauische Recht und auf die Behauptung stützen will, daß der Appellat die Eintragung der fraglichen Cession in das Stockbuch im Dezember 1870 widerrechtlich bewirkt und dadurch die Schuldner an ihn zu zahlen gezwungen habe, somit ersatzpflichtig sei, auf eine nähere Prüfung der desfallsigen völlig unzutreffenden Ausführungen schon aus dem Grunde nicht einzugehen ist, weil für die hier entscheidende Frage, ob der Appellat der Schwanz'schen Fallitmasse gegenüber das Eigenthum der cedirten Forderung erworben habe, die Gültigkeit oder Ungültigkeit jener Eintragung, da es sich dabei immer nur von dem Accessorium handelt, ohne alle Bedeutung ist;

I. E., daß nun davon auszugehen ist, daß die Bestimmung des Art. 1690 des B.-G.-B, zufolge deren das Eigenthum der cedirten Forderung Dritten gegenüber nur durch Zustellung der Cession an den Schuldner resp. Acceptation derselben in einem authentischen Akte übergeht, dem materiellen Rechte angehört;

Daß daher das Urtheil a quo, welches die bezogene Gesetzes-Bestimmung lediglich als eine — im vorliegenden Falle, wo es sich von Schuldnern im Gebiete des gemeinen Rechts handelt, — nicht anwendbare Formvorschrift aufgefaßt, und einen Zeugenbeweis über die geschehene Bekanntmachung der Cession zugelassen hat, den Appellanten beschwert; daß nach Vorstehendem hier auf einen Zeugenbeweis überhaupt nicht zu erkennen, vielmehr eine Insinuation der Cession durch einen

Digitized by Google

nach Nassauischer Rechtsverfassung dazu qualifizirten Beamten resp. eine Acceptation derselben in einer öffentlichen Urkunde als erforderlich erachtet werden muß;

Daß nach der Nassauischen Ministerial-V.-O. vom 25. August 1851, — gegen deren fortdauernde Gültigkeit Seitens des Appellaten etwas Begründetes nicht vorgebracht worden, — die Insinuation von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu den Obliegenheiten der Bürgermeister gehört, daher die durch das Protokoll des Bürgermeisters zu Hüblingen vom 24. Oktober 1869 bekundete Insinuation der Cession an Philipp Schwanz, der seinerseits einen Betrag von 472 fl. 16 kr. persönlich verschuldete, als gesetzlich genügend angesehen werden kann, während der Erklärung desselben in dem genannten Protokolle, daß er die Cession in seiner Eigenschaft als Gelderheber annehme und sich verpflichte, die Steigpreise nach Eingang nur an den Appellaten zu zahlen, eine rechtliche Bedeutung bezüglich der übrigen Schuldner nicht beizulegen ist, schon um deswillen, weil es an jedem Nachweise eines Mandats zur Acceptation der Cession Seitens der letzteren fehlt;

Daß, was diese Schuldner betrifft, der Vorschrift der angeführten Gesetzesbestimmung vor der Fallit-Erklärung des Cedenten Schwanz niemals Genüge geleistet worden ist, und es auf die im Dezember 1870, länger als sechs Monate nach dem Ausbruche des Falliments durch Vermittelung des Amtsgerichts zu Rennerod bewirkte Zustellung der Cession nicht ankommen kann, da es sich hier von einem nach Rheinischem Rechte zu beurtheilenden Verhältnisse handelt, und die Bestimmung des §. 13 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1869 Platz greift;

Daß nach alledem der Appellat verpflichtet erscheint, die seit der Falliments-Eröffnung — 25. Mai 1870 — von den cedirten Schuldnern eingezogenen Beträge mit Ausnahme der davon auf Phil. Schwanz fallenden Quote, an die appellantische Fallitmasse herauszuzahlen;

Daß dem Appellanten eine Rechnungspflicht bezüglich dieser Beträge gesetzlich nicht obliegt, derselbe jedoch in I. und II. Instanz eine zum größten Theile mit Briefen des Philipp Schwanz belegte Aufstellung über die empfangenen Gelder produzirt hat, deren einzelne Posten seitens des Appellanten nicht bestritten sind, daher es auch auf den über die Richtigkeit dieser Aufstellung erbotenen Beweis nicht weiter ankommt;

Digitized by Google

Daß zufolge der letzteren der Appellant seit Eröffnung des Falliments von Ferd. Schwanz im Ganzen die Summe von 1318 Thlr. 17 Sgr. eingezogen hat, von welcher nach Abzug des auf Phil. Schwanz fallenden mit 179 Thlr. 9 Sgr. 6 Pfg. = 314 fl. 50 kr. der an die Fallitmasse herauszuzahlende Rest von 1139 Thlr. 7 Sgr. 6 Pfg. verbleibt, in welchen der Appellant unter Reformation des angegriffenen Erkenntnisses zu verurtheilen ist;

Daß, was die Zinsen betrifft, die ohne jede nähere Bestimmung seitens des Appellanten gefordert worden, von den beiden ersten Posten, welche vor Anstellung der Klage datiren, Zinsen vom Tage der Ladung zum Vergleichsbureau an, und von den zwei übrigen Posten Zinsen seit den resp. Empfangstagen zuzusprechen sind;

In. E. sodann zur Incidentberufung, daß dieselbe nach dem Vorstehenden für den auf Phil. Schwanz fallenden Betrag von 179 Thlrn. 9 Sgr. 6 Pfg. sich rechtfertigt, im Uebrigen aber als unbegründet verworfen werden muß.

Aus diesen Gründen

verurtheilt der Hof, auf die Hauptberufung erkennend, unter Reformation des Urtheils des Landgerichts zu Elberfeld vom 3. November 1871, den Appellaten indem er insoweit die zwischen diesem und dem Kleidermacher Ferd. Schwanz am 29. September 1869 abgeschlossene notarielle Cession der Fallitmasse des letzteren gegenüber für unwirksam erklärt, an den Appellanten in dessen angegebener Eigenschaft die Summe von 1139 Thlrn. 7 Sgr. 6 Pfg. nebst Zinsen zu 5% von den einzelnen Posten nach Maaßgabe der obigen Erwägung zu bezahlen, verwirft im Uebrigen die Haupt- und Incidentberufung und legt dem Appellaten $^5/_6$ und dem Appellanten $^1/_6$ der Kosten beider Instanzen zur Last, verordnet endlich die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder.

I. Senat. Sitzung vom 6. Mai 1873.

Advokaten: Welter — Schilling.

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Vierundsechszigster Band.

Zweite Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1872.

Digitized by Google

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Neue Folge.

Siebenundfünfzigster Band.

Zweite Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1872.

Digitized by Google

Digitized by Google

Zweite Abtheilung

A.

Rechtsentscheidungen des Königl. Ober-Tribunals.

Digitized by Google

Digitized by Google

Faktura. — Annahme. — Genehmigung. — Zahlbar hier. — Competenz.

In der widerspruchslosen Annahme einer Faktura über käuflich gelieferte Waaren liegt keine Genehmigung des, frühern Verabredungen widersprechenden, Inhaltes derselben, namentlich unterwirft sich der Empfänger, der eine Faktura mit dem Vermerken „zahlbar hier" annimmt, alsdann nicht dem Gerichtsstande des Verkäufers, wenn vorher ein anderer Erfüllungsort verabredet war.

Kohn u. Comp. — Wolff.

Die Cassationsbeklagte hat die Cassationsklägerin, die in Berlin domicilirte Handlung Kohn u. Comp., bei dem Handelsgerichte in München-Gladbach auf Bezahlung des Kaufpreises für gelieferte Waaren belangt. Dieß ist auf Grund des Art. 420 der rhein. Civilprozeß-Ordnung deshalb geschehen, weil auf den Fakturen, mit welchen die Waaren übersandt worden sind, sich in lithographirter Schrift der Vermerk: zahlbar hier pr. Comptant in Preuß. Courant (mit dem geschriebenen Zusatz: nach 3 Mon. in 3Monats-Rimessen mit 4 % und 2% Sconto) befindet und die Fakturen mit den Waaren von der Cassationsklägerin ohne Widerspruch angenommen worden sind. Der Klageantrag ist dahin gerichtet worden, die Beklagte schuldig zu erklären, für den geforderten Betrag (857 Thaler 11 Sgr.) Rimessen fällig per 1. October 1870 zu geben, oder im Unterlassungsfalle den Betrag mit Zinsen baar zu bezahlen.

Die Beklagte hat die Kompetenz des Handelsgerichtes bestritten, weil sie ihr Domicil in Berlin habe und nur dort Recht zu nehmen brauche, der Art. 420 der rhein. Civilprozeß-Ordnung eine Consequenz des Art. 109 des Code de commerce sei, wonach die Faktura einen Beweis über den Geschäftsabschluß liefere, mit der Abschaffung des Code de commerce diese Consequenz weggefallen sei, das Deutsche Handels-Gesetz-Buch aber der Faktura als einer einseitigen Erklärung des Verkäufers kein Gewicht beilege; im vorliegenden Falle endlich um so weniger durch die Ausstellung der Faktura das Forum bestimmt werden könne, als die Geschäftsabschlüsse mit dem Agenten der Klägerin in Berlin gemacht worden seien.

Das Handelsgericht hat die Incompetenzeinrede verworfen, weil die Beklagte die Fakturen angenommen und hierdurch den Inhalt derselben als für die Kaufgeschäfte maaßgebend anerkannt habe, deshalb auf etwaige frühere abweichende Verabredungen nicht zurückgegangen werden könne, und durch die Fakturen die Zahlung in Gladbach und somit die Competenz des dortigen Gerichtes nach Art. 420 der Prozeß-Ordnung begründet sei.

Digitized by Google

Die Beklagte hat appellirt, die Incompetenzeinrede aufrecht erhalten und Beweis darüber erboten:

1) Daß in Berlin und überhaupt in Deutschland kein allgemeiner Gebrauch des Inhalts besteht, daß beim Waaren-Versandt der Empfänger einer Faktura verpflichtet ist, sich über ihren Inhalt zu erklären, anderen Falls derselbe für die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses der Parteien der Art maaßgebend ist, daß auf frühere abweichende Veränderungen nicht zurückgegangen werden darf;

Daß vielmehr umgekehrt nach allgemeinem Deutschen, auch in Berlin speciell geltenden, Handelsgebrauch eine Pflicht zur Erklärung über den von früheren Verabredungen abweichenden Inhalt der Faktura beim Waaren-Versandt nicht besteht, und der Absendung einer solchen Faktura, als einer einseitigen Willens-Erklärung des Verkäufers, jede rechtliche Bedeutung fehlt, ihre Annahme auch den Käufer nicht präjudicirt;

2) Daß sie, die Beklagte, die in den Klagerechnungen aufgeführten Waaren im Januar 1870 in Berlin von dem dort wohnenden Kaufmanne Fritz Sander, Agenten der Appellatin, gekauft hat, und zwar mit den Verabredungen, daß die Waaren franco Berlin zu liefern seien, und daß die Zahlung des Kaufpreises entweder nach 3 Monaten, vom Schluß des Monats angerechnet, in welchem die Waare zugesandt worden, in Drei-Monats-Rimessen oder nach 6 Monaten in Baar, erfolgen solle — in beiden Fällen jedoch mit einem Sconto von 8 Procent.

Zur Rechtfertigung der Incompetenzeinrede sind in zweiter Instanz die früheren Gründe geltend gemacht und ist noch insbesondere hervorgehoben worden: der Passus: zahlbar hier u.s.w. sei im Zusammenhang mit den daneben geschriebenen Worten der Faktura so dunkel und unverständlich, daß man unmöglich annehmen könne, die Beklagte sei auch nur zum Bewußtsein darüber gekommen, daß sie sich damit einem anderen Richter unterwerfe.

Der Rhein. Appellationsgerichtshof in Köln hat, zunächst in contumaciam und demnächst durch contradictorisches Urtheil vom 27. December 1870 die Berufung verworfen.

Die Gründe lauten:

J. E., betreffend die Incompetenzeinrede der Appellantin gegen die beiden Klagen vom 1. und 3. August 1870;

Daß die Fakturen, von der Appellatin zu Gladbach ausgestellt, die Bedingung „zahlbar hier" enthalten, und diese Worte nicht lediglich zu den Worten pr. Comptant gehören, sondern auch auf die beigefügte anderweite Zahlungs-Modalität zu beziehen sind, und überhaupt Gladbach als den Ort, wo die Verpflichtung zur Leistung des Kaufpreises erfüllt werden müsse, bestimmen; daß die Appellantin nicht bestreitet, diese Fakturen vor und nach in regelmäßigem Geschäftsverkehr empfangen zu haben, ohne Widerspruch dagegen zu erheben;

Daß, da in solchem Geschäftsverkehr die Fakturen über käuflich gelieferte Waaren nach der allgemeinen Auffassung der Kaufleute die Bestimmung haben, für einen abgeschlossenen Kaufvertrag die Waare und den Preis sowie die etwaigen vertraglichen Nebenberedungen für die Contrahenten schriftlich zu fixiren, in der widerspruchslosen Annahme der Faktura auf Seiten des Käufers die Genehmigung ihres Inhalts zu finden ist; daß das gedachte Wesen der Faktura die Behauptung nicht zuläßt, daß ihre Uebersendung

Digitized by Google

im regelmäßigen Geschäftsverkehr und nach Demjenigen, was unter Kaufleuten allgemein üblich ist, nun einen Antrag darstelle, und es einer ausdrücklichen Erklärung der Annahme dieses Antrags oder dieser Propositionen bedürfe, widrigen Falls der Antrag als abgelehnt gelte;

Daß der durch die widerspruchslose Annahme erfolgenden Genehmigung der Faktura gegenüber auf Behauptungen und Beweis-Erbieten über angebliche frühere Verabredungen abweichenden Inhaltes nicht zurückgegangen werden kann;

J. E., daß diese Grundsätze auch in der feststehenden Rechtsprechung des Appellationsgerichtshofes anerkannt sind, und diese Rechtsprechung keineswegs durch Wegfall des Art. 109 des früheren Rhein. H.-G.-B. berührt worden ist oder sich geändert hat, indem Dasjenige, was jener Artikel von der Beweiskraft einer angenommenen Faktura sagte, nicht eine besondere Vorschrift einer positiven Gesetzes-Bestimmung über die Annahme der Faktura war, sondern nur, auf dem Wesen der Faktura fußend, sie als Beweis-Mittel anerkennt;

J. E., daß den entwickelten Grundsätzen sowie der festen Praxis gegenüber auf einen Beweis, wie ihn die Appellantin über Existenz oder Nichtexistenz eines besonderen Handels-Gebrauchs erbietet, nicht einzugehen ist, und zwar noch um so weniger, als sich aus der handelsrechtlichen Literatur in Deutschland hinreichend ersehen läßt, daß ein der obigen Rechtsauffassung und der stillschweigenden Genehmigung entgegenstehender Handels-Gebrauch zur Lösung der hier in Rede stehenden Frage nicht besteht, und der ohne Angabe von Beweis-Mitteln in's Weite gestellte Beweis-Antrag der Appellantin zu keinem anderen Resultat, als zur ferneren Verzögerung führen würde;

J. E., daß diesemnach in dem vorliegenden Falle Gladbach als der Ort, wo die Zahlung geleistet werden soll, anzuerkennen, und daher die Competenz des 1. Richters nach Art. 420 der Civil-Prozeß-Ordnung begründet ist;

J. E., daß sich hierdurch die Berufung gegen das auf die Klage vom 3. August 1870 ergangene Urtheil über nur Th. 95. 20. — erledigt;

J. E., daß Dasjenige, was die Appellantin gegen die auf die Klage vom 1. August 1870 ergangenen beiden Urtheile in Betreff der Forderung selbst vorgebracht hat, in Ausflüchten besteht, welche durch die Gründe des 1. Richters und den Inhalt der Fakturen widerlegt werden, und insbesondere auch der Beweis-Antrag der Appellantin über angebliche frühere Verabredungen mit dem Agenten der Appellatin gemäß den obigen Entwickelungen irrelevant ist.

Gegen dies am 1. Februar 1871 von Anwalt zu Anwalt zugestellte Urtheil hat die Handlung Kohn u. Comp. rechtzeitig den Cassationsrecurs ergriffen.

Derselbe wird auf Verletzung der Art. 1, 279, 317 bis 323 des Deutschen H.-G.-B. und des Art. 420 der Rhein. B. Pr.-Ordn. gestützt.

Zu dessen Begründung wird in der durch Rechtsanwalt Mecke in Berlin auf dem Sekretariate des Königlichen Obertribunales (fünften Rhein.-Senats) hinterlegten Denkschrift Folgendes ausgeführt:

Die Gründe, aus welchen der Appellationsrichter den Beweis-Antrag der Cassationsklägerin für unerheblich erkläre und überhaupt deren Ausführungen mißbillige, seien Rechtsgründe, als solche aber irrig. Seiner

Digitized by Google

Anschauung in Betreff der der Faktura beizulegenden Bedeutung fehle der gesetzliche Halt. Da nach Art. 317 des H.-G.-B. die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt sei, so könne der Faktura die angegebene Bedeutung um so weniger beiwohnen, als sie nur einen einseitigen Akt darstelle, der ein einmal vollständiges Geschäft zu modificiren nicht vermöge. Die Faktura sei ihrem Wesen nach eine Rechnung. Enthalte sie Abweichungen von den verabredeten Kaufbedingungen, so liege entweder ein Irrthum oder eine wissentlich falsche Angabe des Fakturirenden vor. Diese zu rectificiren sei der Käufer nicht verpflichtet. Eine wissentliche falsche Angabe könne höchstens als ein neuer Antrag aufgefaßt werden. Dieser gelte aber nach Art. 318 des H.-G.-B. als abgelehnt, wenn in der bestimmten Frist eine Erklärung nicht erfolge. Ob die Faktura im regelmäßigen Geschäftsverkehr übersandt sei, worauf der Appell.-Ger.-Hof Gewicht lege, könne nicht in Betracht kommen, da der Fall des Art. 322 des H.-G.-B. unzweifelhaft nicht vorliege und eine analoge Anwendung desselben auf Anträge zum Kauf nicht gestattet sei.

Hiernach verletze der Appellationsrichter die Art. 317 bis 323 l. c. Mit Unrecht verwerfe er die Ansicht, daß die Uebersendung der Faktura nur einen Antrag darstelle, der ausdrücklich acceptirt werden müsse, und erkläre er der durch die widerspruchslose Annahme erfolgenden Genehmigung der Faktura gegenüber frühere Verabredungen für unerheblich. Diese früheren Verabredungen seien vielmehr allein maßgebend. Cassationsklägerin habe nicht vermuthen können, daß durch die Faktura daran Etwas habe geändert werden sollen. Ob die vom Appellationsrichter befolgte Ansicht seiner Praxis entspreche, sei gleichgültig, dieselbe gereiche aber den außerhalb der Rheinprovinz wohnenden Kaufleuten zu großer und gerechter Beschwerde. Das dadurch für den rheinischen Handelsstand geschaffene Privilegium könne jetzt um so weniger auf Duldung Anspruch machen, als dafür nicht mehr der Art. 109 des Code de commerce angerufen werden könne. Vermeine der Appell.-Ger.-Hof, die Bestimmung dieses Artikels beruhe auf dem Wesen der Faktura, so sei Dies nur eine Wiederholung des Rechtsirrthums, von dem er befangen sei.

Seine Grundsätze rechtfertigten auch keineswegs die Ablehnung des Beweis-Antrages über den behaupteten Handelsgebrauch. Er verletze mit dieser Ablehnung Art. 1 u. 279 des H.-G.-B. Auf den Handelsgebrauch komme es indeß nicht weiter an, wenn schon die Bestimmungen des H.-G.-B. der Cassationsklägerin zur Seite ständen.

Die weiteren Momente, die der Appell.-Ger.-Hof dem Beweiserbieten entgegenhalte, könnten als selbstständige Entscheidungsgründe nicht in Betracht kommen. Die handelsrechtliche Literatur sei keine Erkenntnißquelle der Handelsgebräuche. Der Angabe von Beweismitteln habe es nicht bedurft. Die Ansicht, daß der Antrag nur Verzögerungen herbeiführe, sei eine petitio principii.

Sei die Rechtsauffassung des Appellationsrichters überhaupt irrthümlich, so habe die Anwendung des Art. 420 der B. Pr.-Ordn. keine rechtliche Grundlage und sei derselbe folgeweise durch falsche Anwendung verletzt.

Schließlich wird für die Cassationsklägerin auf eine bei Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Band 9, Seite 378 abgedruckte Entscheidung des Handels-Appellationsgerichtes zu Nürnberg, als mit der hier vertretenen Anschauung in Uebereinstimmung befindlich, hingewiesen.

Digitized by Google

Beantragt wird:

das angefochtene Urtheil zu cassiren, die Rückgabe der Succumbenzgelder zu verordnen, und der Cassationsbeklagten die Kosten zur Last zu legen, sodann in der Sache selbst die erhobene Klage unter Reformation der angegriffenen handelsgerichtlichen Urtheile wegen Incompetenz kostenfällig abzuweisen.

Für die Cassationsbeklagte ist in einer durch Justizrath Rechtsanwalt Dorn eingereichten Exceptionsschrift erwidert:

Der Appell.-Ger.-Hof gehe davon aus, daß im regelmäßigen Geschäftsverkehr die Faktura über käuflich gelieferte Waaren „nach der allgemeinen Auffassung der Kaufleute" die Bestimmung habe, für einen abgeschlossenen Kaufvertrag die Waare und den Preis, sowie die etwaigen vertraglichen Nebenabreden schriftlich zu fixiren. Diese Grundlage der Entscheidung würde mit dem Recurse nur aus dem Wege geräumt werden können, wenn die Cassationsklägerin ein Gesetz aufzuzeigen vermöchte, welches ausspräche, daß die allgemeine Auffassung der Kaufleute eine andere sei. Da ein solches Gesetz nicht bestehe, auch keines der als verletzt bezeichneten Gesetze eine andere Bestimmung der Faktura fixire, so müsse es bei der Feststellung des Appell.-Ger.-Hofes bewenden, die als eine thatsächliche sich darstelle; da es sich um die Frage handle, was im regelmäßigen Geschäftsverkehr unter Kaufleuten gebräuchlich sei. Habe die Faktura die ihr beigelegte Bestimmung, so habe es von dem Ermessen des Appell.-Ger.-Hofes abgehangen, in der ohne Widerspruch erfolgten Annahme der Faktura die Genehmigung des darin bezeichneten Zahlungsmodus zu finden. Da nach rhein. Rechte stillschweigenden Willenserklärungen gleiche Kraft mit ausdrücklichen beiwohne und jedenfalls rücksichtlich der widerspruchslosen Annahme einer Faktura kein Gesetz etwas Abweichendes bestimme, so falle die Beurtheilung in das thatsächliche Gebiet. Sei aber durch die Uebersendung und Annahme der Faktura rücksichtlich des Zahlungsortes ein Einverständniß der Parteien erzielt worden, so könne es auf frühere Abreden nicht ankommen; dieselben würden gerade durch die spätere Willenseinigung beseitigt sein. Einen Irrthum der Cassationsklägerin bei Annahme der Faktura constatire der Appell.-Ger.-Hof nicht. Auch handle es sich nicht um einen Antrag zur Abschließung eines Handelsgeschäftes, sondern um die Modalitäten, unter welchen ein abgeschlossenes Handelsgeschäft abgeschlossen sei. Ohnedies würde von einer Ablehnung des Antrages nicht die Rede sein können, wenn, wie der Appellationsrichter annehme, die Modalität stillschweigend acceptirt, die Cassationsbeklagte aber vorher nicht zurückgetreten sei (Art. 318 bis 320 des H.-G.-B.)

Den Beweisantritt habe der Appell.-Ger.-Hof aus factischen, seiner freien Beurtheilung unterliegenden Gründen für unerheblich erklärt.

Es wird für die Cassationsbeklagte beantragt:

den Cassationsrecurs als unbegründet zu verwerfen und der Cassationsklägerin die Kosten des Verfahrens zur Last zu legen.

Urtheil:

J. E., daß die streitige Competenz des Handelsgerichtes zu München-Gladbach auf der Annahme beruht, daß der Wohnort des Gläubigers als der Ort der Erfüllung anzusehen und hierdurch nach Art. 420 der Rhein. B. Pr.-Ordn. der Gerichtsstand daselbst begründet ist;

Digitized by Google

Daß der Appellationsrichter jene Annahme an den Inhalt der übersandten Faktura in Verbindung mit der von ihm festgestellten Existenz eines unter den Kaufleuten bestehenden Gebrauches knüpft, nach welchem die Fakturen über käuflich gelieferte Waaren bestimmt sein sollten, die Modalitäten des Kaufvertrages schriftlich zu fixiren;

Daß, wenn der Appellationsrichter, während er diesen Gebrauch feststellte, die auf denselben bezüglichen Beweisanträge der Cassationsklägerin abgelehnt hat, dieß auf Gründe processualischer Natur zurückzuführen ist, keineswegs aber der Richter damit ausgesprochen hat, daß er die Gültigkeit der Handelsgebräuche nicht anerkennen oder dieselben nicht berücksichtigen wolle, weshalb mit Unrecht dieserhalb eine Rüge wegen Verletzung der Art. 1 und 279 des Deutschen H.-G.-B. erhoben wird;

In E., daß mit dem fraglichen Handelsgebrauche ersichtlich nicht eine Rechtsnorm in Betreff der Beweiskraft der Fakturen, sondern nur eine im Handelsverkehr übliche Verfahrungsweise, also ein thatsächliches, als Interpretationsmittel für die Erforschung des Willens der Parteien in Betracht kommendes Moment constatirt wird; daß gleichwohl die Konsequenz, daß in Folge jenes Gebrauches im vorliegenden Falle der Käufer dafür erachtet werden müsse, der von dem Verkäufer in der Faktura rücksichtlich des Zahlungsortes vorgeschlagenen Bedingung sich unterworfen zu haben, nicht thatsächlicher Natur ist, nicht auf einer Erwägung der concreten Umstände des Falles, sondern auf einem Schlusse beruht, den der Appell.-Ger.-Hof selbst als eine Rechtsauffassung bezeichnet, für deren Rechtfertigung er sich auf seine eigene Rechtsprechung beruft;

Daß zuzugeben ist, daß, die Existenz des bezeugten Handelsgebrauches vorausgesetzt, demselben in Bezug auf die Auslegung des Willens der Contrahenten die Wirkung beigemessen werden kann, daß der die Waare mit der Faktura versendende und der letzteren ihrer handelsgebräuchlichen Nebenbestimmung gemäß sich bedienende Verkäufer auf die übliche Beachtung seiner die Feststellung der Bedingungen des Kaufgeschäfts bezweckenden Vorschläge und, im Falle dagegen kein Widerspruch erhoben wird, auf deren stillschweigende Genehmigung rechnen darf; daß dagegen aber auch in der gebrauchsmäßigen Bestimmung der Fakturen der Gebrauch seine naturgemäße Begrenzung findet, in dem Sinne, daß das Uebliche, welches als gewollt im Zweifel anzunehmen ist, in der Fixirung der bis dahin nicht feststehenden Modalitäten des Vertrages, für deren, den einseitigen Vorschlägen des Verkäufers entsprechende, Regulirung also noch Raum vorhanden ist, besteht; daß darüber hinaus die aus dem Gebrauche für die Bedeutung der Handlungen oder Unterlassungen der Parteien herzuleitende Vermuthung sich nicht erstreckt; daß, wenn der Handelsgebrauch dem die Waare mit der Faktura empfangenden Käufer die Pflicht auferlegt, den Verkäufer darüber nicht in Ungewißheit zu lassen, ob er dessen Propositionen in Betreff der erst festzustellenden Modalitäten des Kaufgeschäftes genehmigt oder nicht, die Sachlage wesentlich eine andere wird, wenn die Bedingungen durch eine vorhergegangene Verabredung bereits festgestellt waren und der Inhalt der Faktura darauf hinausläuft, dem anderen Contrahenten die Zustimmung zu einer Wiederaufhebung oder Abänderung des vorher geschlossenen und in seinen Modalitäten festgestellten Vertrages zuzumuthen; daß für die Beurtheilung des Verhaltens des Empfängers der Faktura einer solchen Zumuthung gegenüber der Handelsgebrauch nicht weiter maßgebend ist, die Entscheidung vielmehr auf einem anderen Gebiete liegt und der allgemeine Grundsatz

Digitized by Google

streitig, daß dessen aus dem Stillschweigen eine Genehmigung ohne Weiteres nicht gefolgert werden kann, ein Grundsatz, der namentlich auch das Gebiet des Handelsrechtes beherrscht und seinen positiven Ausdruck in den einzelnen Bestimmungen des von „Abschließung der Handelsgeschäfte" handelnden Abschnittes des Deutschen H.-G.-B. gefunden hat, insbesondere in den Art. 318, 319, welchen das Princip, daß die Unterlassung der Erklärung auf einen Antrag als Ablehnung zu betrachten ist, zu Grunde liegt, und dem Art. 323, welcher dadurch, daß er nur ausnahmsweise unter besonderen Voraussetzungen das Stillschweigen als Genehmigung gelten läßt, die Regel, nach welcher sonst ein Anderes gilt, bekräftigt;

Daß der Appellationsrichter diese gesetzlichen Vorschriften verletzt, indem er lediglich auf Grund des angenommenen Handelsgebrauches in der widerspruchslosen Annahme der Faktura die Genehmigung auch des, früheren Verabredungen widersprechenden Inhaltes derselben findet; daß das angefochtene Urtheil daher der Vernichtung unterliegt und es in der Sache selbst auf eine Würdigung der Beweisanträge der Cassationsklägerin in Betreff der der Uebersendung der Fakturen vorausgegangenen Verabredungen über das fragliche Kaufgeschäft ankommt;

Daß es angemessen erscheint, zu diesem Behufe sowie zu demnächstiger weiteren Entscheidung die Sache in die Instanz zurückzuverweisen;

Aus diesen Gründen

cassirt das Reichs-Oberhandelsgericht, zweiter Senat, das Urtheil des Kgl. Preuß. Appell.-Ger.-Hofes in Köln vom 27. December 1870, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des Cassirten, sowie die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder, verurtheilt die Cassationsbeklagte in die Kosten des gegenwärtigen Verfahrens und weist die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung nach Maßgabe der oben entwickelten Grundsätze an den zweiten Civil-Senat des gedachten Appell.-Ger.-Hofes zurück.

Reichs Ober-Handelsgericht zu Leipzig.
II. Senat. Oeffentliche Sitzung vom 20. Januar 1872.
Ref.: H. Reichs-Ob.-H.-Ger.-Rath Schmitz.
Concl.: H. Reichs-Ob.-H.-Ger.-Rath Dr. Puchelt.
Advokaten: Dr. Reuling — Prof. Nissen.

Stempelsteuer. — Rechtsweg. — Competenz.

Nach §. 11 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 ist der Rechtsweg gegen die Anforderung einer Stempelsteuer nur in soweit zulässig, als es sich um die Entrichtung eines Werthstempels oder eines nicht nach dem Betrage des Gegenstandes zu bemessenden Vertragsstempel handelt, und als die Verpflichtung zu dessen Entrichtung überhaupt oder wenigstens des geforderten Betrages bestritten wird.

Digitized by Google

Darüber, ob der im Wege der Klage erhobene Widerspruch gegen eine Stempelforderung nach Maßgabe des gedachten §. 11 die Competenz der Gerichte überschreite, haben diese selbstständig nach Maßgabe der Gesetze und nach ihrer eigenen Auffassung des konkreten Falles zu entscheiden.

Dieser Entscheidung kann es nicht präjudiciell sein, ob unbestrittener-Maßen und nach dem Anerkenntnisse der Steuerbehörde ein Werth- oder Vertragsstempel in Frage steht, und ob der streitige Stempelbetrag von derselben als Vertragsstempel auf Grund der den Stempel von Verträgen betreffenden Positionen des Stempeltarifs gefordert wird.

Custodis — Königl. Provinzial-Steuer-Direction zu Köln.

Unter dem 22. März 1869 wurde vor Notar Custodis in Köln ein Akt errichtet, Inhalts dessen der Kaufmann Ferdinand Müller seiner Ehefrau diejenigen Mobilargegenstände, welche in einem, dem Akte beigefügten, ne varietur von den Comparenten, dem Notar und den Zeugen als Anlage des Aktes paraphirten „Mobiliar-Verkaufs-Verzeichniß" aufgeführt sind, für einen Preis von 1012 Thlr. verkaufte.

Zu dem Akte hat der Notar den Kaufstempel nach Maßgabe des Objekts im Betrage von 3 Thlr. 15 Sgr. verwendet. Die Steuerbehörde verlangt aber, daß außerdem zu dem, dem Akte beigefügten, Verzeichniß nach der Bestimmung des Stempeltarifs sub voce „Inventarien" ein Stempel von 15 Sgr. beigebracht werde.

Der Notar Custodis ist deshalb gegen die Provinzial-Steuer-Direction zu Köln klagbar geworden, indem er sie vor das Königl. Friedensgericht Nro. II in Köln vorladen ließ, um erkennen zu hören:

daß der Königl. Fiskus nicht berechtigt sei, zu dem vor dem Kläger am 22. März 1869 zwischen den Eheleuten Müller vollzogenen Mobilar-Kaufvertrage und zu dem dazu gehörigen, einen integrirenden Bestandtheil desselben bildenden, Verzeichnisse der Verkaufsgegenstände einen ferneren Stempel zu fordern.

Die Königl. Provinzial-Steuer-Direction bestritt die Competenz des Gerichts, weil nach §. 11 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 über die Erweiterung des Rechtsweges der Letztere nur in den Fällen gestattet sei, wo es sich um die Entrichtung eines Werthstempels oder eines, nicht nach dem Betrage zu bemessenden Vertragsstempels handle, während in allen andern Fällen, also namentlich, soweit es sich um den von Inventarien zu entrichtenden Fixstempel handle, der Rechtsweg ausgeschlossen und die Entscheidung nach wie vor der Administrativbehörde übertragen bleibe.

Das Königl. Friedensgericht verwarf durch sein Urtheil vom 15. Juli 1870 die Incompetenzeinrede der Verklagten, erklärte sich, in der Sache zu erkennen, für competent und gab der Verklagten auf, sich auf die Klage selber einzulassen. Es stützte diese Entscheidung auf die Erwägung, daß schon aus der allgemeinen Ueberschrift des Gesetzes die Absicht des Gesetzgebers klar und deutlich hervortrete, ohne Ausnahme in Betreff der Stempel-

Digitized by Google

steuer die Betretung des Rechtsweges zu gestatten, daß daher auch kein Grund ersichtlich sei und überhaupt die Auslegung des §. 11 l. c. keinen Beifall verdiene, zwischen Werth- und Fixstempel zu unterscheiden, da das Gesetz eine solche scharfe Unterscheidung nirgendwo hervorhebe und selbst der sogenannte Fixstempel bestritten werden könne, wenn die bezügliche Urkunde ihrem Wesen nach bestritten werde.

Auf die Berufung der Provinzial-Steuer-Direction ist dieses Urtheil vom Königl. Landgerichte zu Köln unter dem 14. Februar d. J. abgeändert, die Berufung wider den Competenzbescheid des Königl. Friedensgerichts angenommen, das Letztere, unter Aufhebung jenes Bescheides, für incompetent erklärt worden, über die erhobene Klage zu erkennen und wurden dem Appellaten die Kosten beider Instanzen zur Last gelegt.

Die Erwägungsgründe dieser Entscheidung lauten:

> Daß der Zweck des Gesetzes vom 24. Mai 1861 nach seiner Ueberschrift, nach seinem Inhalte und nach den bei seiner Einbringung vorgelegten Motiven dahin geht, in Materien, in welchen bis dahin nur die Beschwerde im Verwaltungswege gestattet war, für einzelne bestimmte Fälle den Rechtsweg zu eröffnen;
>
> Daß sonach die vom Gesetze bezeichneten Fälle, als Ausnahmsfälle einer allgemeinen Regel, strikt zu interpretiren sind, somit auch auf Grund des §. 11 jenes Gesetzes in Stempelsachen die Zuständigkeit der Gerichte nur dann begründet erscheint, wenn unbestrittenermaßen es sich entweder um Werth- oder Vertragstempel, nicht aber, wenn es sich nach dem Dafürhalten der Steuerbehörde um ein anderes der im Stempeltarife aufgestellten Objecte handelt, da die Ausdehnung der Zuständigkeit der Gerichte, über die von der Steuerbehörde beliebte Qualifikation des Objects zu entscheiden, gegen die Absicht des Gesetzes die Ausdehnung der Zuständigkeit der Gerichte, über die Stempelpflichtigkeit jenes Objects im gegebenen Falle zu entscheiden, zur Folge haben würde; daß somit bei der Entscheidung über die Berufung nicht die Frage, ob das dem Akte vom 22. März 1869 beigefügte Mobiliarverzeichniß ein Inventar sei, sondern die Frage zu prüfen ist, ob Inventarien als Verträge aufzufassen und somit durch §. 11 in Betreff ihrer Bestempelung der gerichtlichen Prüfung unterbreitet seien;
>
> Daß diese Frage aber verneint werden muß, indem den Inventarien an sich der wesentlichste Bestandtheil von Verträgen, die Begründung von Verbindlichkeiten, fehlt, sie vielmehr erst durch ihr Verhältniß zu gesetzlichen oder vertraglichen Verbindlichkeiten begründen können.

Der Kläger hat nunmehr den Cassationsrecurs ergriffen und denselben auf Verletzung des §. 11 des Gesetzes vom 24. Mai 1861, der Allerhöchsten Cabinetsordre vom 18. November 1828, des Art. 13 Tit. 3 des Gesetzes über die Organisation des Gerichtswesens vom 16/24. August 1790 und des Art. 1583 des B. Pr.-B. gestützt.

Es könne, so wird in dem von dem Justizrathe Dorn eingereichten Cassationsgesuche ausgeführt, bei der Frage nach der Zulässigkeit des Rechtsweges nicht darauf ankommen, wie die Steuerbehörde eine in Frage stehende Urkunde zu qualificiren beliebe, sondern nur darauf, wie dieselbe in Wirklichkeit zu qualificiren sei, da sonst die Wohlthat des Gesetzes durch das

Digitized by Google

Belieben der Steuerbehörde illusorisch gemacht werden könne. Im vorliegenden Falle bilde das dem Akte beigefügte Verzeichniß einen nothwendigen und unentbehrlichen Bestandtheil des Kaufaktes selbst, indem dasselbe erst über das Kaufobject Aufschluß gebe. Andererseits stelle das Verzeichniß, losgelöst vom Akte, kein Inventarium dar, da es nicht den selbstständigen Zweck habe, den Bestand eines Vermögensinbegriffs zu konstatiren. Dasselbe werde ausdrücklich als zu dem Akte gehörig bezeichnet, sowie wieder der Akt auf dasselbe verweise. Reiße man beide Urkunden auseinander, so sei der Akt nach Art. 1583 des B. G.-B. als Kaufvertrag nicht anzuerkennen, da die Bezeichnung desjenigen fehle, was verkauft werden solle. In Wahrheit handle es sich also darum, ob der Akt, außer mit dem bereits verwendeten Stempel, noch wegen des ihn erst zum Kaufvertrag erhebenden Verzeichnisses mit weiteren 15 Sgr. zu versteuern sei. Es handle sich sonach recht eigentlich um die Entrichtung eines Vertragsstempels und das Königl. Landgericht habe deshalb die Frage nicht von sich ablehnen können, ob das Verzeichniß einen Bestandtheil des Kaufaktes bilde oder nicht.

Die von dem Justizrathe Bussenius eingereichte Exceptionsschrift begründet zunächst aus den Motiven und aus der Entstehungsgeschichte des §. 11 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 die Behauptung, daß durch denselben, gegenüber der durch die Allerhöchste Cabinetsordre vom 18. November 1828 anerkannten allgemeinen Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden in Stempelsachen, der Rechtsweg nur in den darin speziell bezeichneten strikt zu interpretirenden Ausnahmefällen zugelassen sei. Erscheine hiernach die Competenz der Verwaltungsbehörden, soweit es sich nicht um einen Werth- oder Vertragsstempel handle, prinzipiell begründet, so müsse die Entscheidung des Landgerichts für gerechtfertigt gelten, da das fragliche Mobiliarverzeichniß jedenfalls kein Vertrag sei und nur auf einem Umwege als Theil eines solchen dargestellt werden solle und da der Appellationsrichter nicht festgestellt habe, daß dasselbe einen nothwendigen und unentbehrlichen Theil des Kaufakts bilde, vielmehr von ihm festgestellt worden, daß das fragliche Inventarium kein Vertrag sei. Daß das Sachenverzeichniß in den Kaufvertrag selbst hätte aufgenommen werden können, sei für die Besteuerung übrigens eben so gleichgültig, als ob der Vertrag durch dasselbe eine wesentliche Ergänzung erfahren haben möge. Denn die Stempelsteuer ruhe auf der Urkunde als solcher, es genüge also, daß faktisch ein besonderes Verzeichniß aufgenommen worden sei, welches zum Gebrauche bei einer stempelpflichtigen Verhandlung diene. Es lasse sich auch die Frage: ob die behauptete Stempelpflichtigkeit vorhanden sei oder nicht? gar nicht trennen von der andern: ob der Fall eines, im Stempeltarif angeordneten, sogenanten Fixstempels, der nicht Vertragsstempel sei, gegeben sei oder nicht? Wollte man nicht der richterlichen Competenz eine über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehende Ausdehnung geben, so werde die letzte Frage der ausschließlichen Beurtheilung der Steuerbehörde vorbehalten bleiben müssen, und sei darnach die richterlich zu entscheidende Frage vom Königl. Landgerichte mit Recht dahin präcisirt worden: ob das fragliche Sachenverzeichniß für einen Vertrag zu erachten sei oder nicht. Denn, wenn dieselbe verneint werden müsse, so entziehe sich die weitere Frage, ob das Verzeichniß, wenn es keinen Vertrag darstelle, unter die Stempeltarifposition „Inventarien" falle, der richterlichen Competenz.

Der Antrag des Cassationsklägers geht dahin:

Das Königl. Obertribunal wolle das Urtheil des Königl. Landgerichts

Digitized by Google

vom 14. Februar 1871 cassiren, die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder verordnen und der Cassationsverklagten die Kosten des Verfahrens zur Last legen,

sodann aber in der Sache selbst die Berufung gegen das Urtheil des Friedensgerichts Nro. II der Stadt Köln als unbegründet verwerfen und der Appellantin die Kosten der zweiten Instanz zur Last legen.

Für die Cassationsverklagte ist darauf angetragen:

den eingelegten Cassationsrecurs zu verwerfen und den Cassationskläger in die Kosten zu verurtheilen.

Urtheil:

J. E., daß nach dem unzweideutigen Inhalte des §. 11 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 nicht allgemein, sondern nur in soweit, unter Beschränkung der bisherigen ausschließlichen Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden, der Rechtsweg gegen die Anforderung von Stempelsteuer zugelassen worden ist, als es sich um die Entrichtung eines Werthstempels oder eines nicht nach dem Betrage des Gegenstandes zu bemessenden Vertragsstempels handelt und die Verpflichtung zu dessen Entrichtung überhaupt oder wenigstens des geforderten Betrags bestritten wird;

Daß aber die Gerichte über den Umfang ihrer Competenz selbstständig und nur nach Maßgabe der Gesetze zu erkennen mithin auch ihre Entscheidung darüber, ob der im Wege der Klage gegen eine Stempelforderung erhobene Widerspruch nach Maßgabe des gedachten §. 11 das Gebiet der richterlichen Zuständigkeit überschreite oder nicht, lediglich aus ihrer eigenen Auffassung des konkreten Falles zu schöpfen haben;

Daß es daher für ihre Entscheidung in keiner Weise präjudiciell sein kann, ob unbestrittener Maßen und nach dem Anerkenntnisse der Steuerbehörde ein Werth- oder Vertragsstempel in Frage steht, und ob der streitige Stempelbetrag von der Steuerbehörde als Vertragsstempel auf Grund der den Stempel von Verträgen betreffenden Positionen des Stempeltarifs gefordert wird, vielmehr lediglich darauf ankommt, ob nach ihrer eigenen Beurtheilung der Umstände des Falles um eine von einem Vertrage, gleichviel nach welcher Position des Stempeltarifs, geforderte Stempelsteuer gestritten wird;

Daß im vorliegenden Falle die Klage behauptet, daß das dem Akte vom 22. März 1869 beigefügte Verzeichniß, einen integrirenden Bestandtheil desselben darstelle und ihr Widerspruch gegen die Forderung eines ferneren Stempels von dem Verzeichnisse darauf beruht, daß, nachdem der an gedachtem Tage beurkundete Vertrag in seiner Totalität bereits mit dem gesetzlichen Kaufvertragsstempel besteuert worden, nicht von einem Theile desselben eine weitere Steuer gefordert werden könne;

Daß das Gericht also angerufen wurde, über eine Stempelforderung zu erkennen, in welcher von dem Kläger eine widerrechtliche Erhöhung des Vertragsstempels erkannt wird;

Daß hiernach die Entscheidung der Frage: Ob es sich im gegenwärtigen Falle wirklich um einen von dem Vertrage geforderten Stempel handelt, und ob mithin das Gericht in der Sache competent war oder nicht, lediglich davon abhängen konnte: ob das fragliche Verzeichniß in der vom Kläger behaupteten Weise lediglich einen integrirenden Bestandtheil des Vertrages bildet und seine rechtliche Bedeutung sich mit seiner Eigenschaft als solcher Bestandtheil erschöpft;

Digitized by Google

Daß das Gericht der zweiten Instanz sich deshalb der thatsächlichen Prüfung des Sachverhalts in dieser Richtung nicht, wie geschehen, hätte entziehen dürfen, vielmehr den §. 11 cit. durch unrichtige Auslegung verletzte, indem es die Beurtheilung seiner Zuständigkeit von dem Dafürhalten der Steuerbehörde über die Natur und Bedeutung des von ihr besonders besteuerten Schriftstücks, und unter Berücksichtigung dieses Dafürhaltens mit Unterlassung der ihm selbst obliegenden Prüfung des konkreten Falles davon abhängig gemacht hat, ob ein Inventarium im Allgemeinen als Vertrag aufgefaßt werden könne oder nicht?

Daß daher die angegriffene Entscheidung desselben der Vernichtung unterliegt, die Sache selbst aber anderweitig in die zweite Instanz zurückgewiesen werden muß, da über die Einrede der Inkompetenz nur nach weiterer thatsächlichen Prüfung und Feststellung des Sachverhältnisses in der zuvor angedeuteten Richtung erkannt werden kann;

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civilsenat (Rhein. Senat), das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 14. Februar 1871, verweis't sodann die Sache selbst zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung vor das Königl. Landgericht zu Bonn.

Sitzung vom 12. Dezember 1871.

Ref.: H. Geh. Ob.-Tr.-Rath v. Holleben.

Concl.: H. Geh. St.-A. Wever.

Advokaten: Dorn — Bussenius.

Competenz. — Persönliche Klage. — Forum der eröffneten Erbschaft.

Eine Klage, welche darauf gerichtet ist, daß Verklagter verurtheilt werde, dem Kläger einen zur Umschreibung im Berggegenbuch geeigneten Titel darüber auszustellen, daß er das Eigenthum, den Besitz und Genuß gewisser Kuxen einer Zeche erlange und gutgeschrieben bekomme, und welche darauf gestützt wird, daß der Erblasser des Verklagten dem Kläger diese Kuxen versprochen habe, ist eine persönliche und ist das Forum der eröffneten Erbschaft competent darüber zu erkennen.

Hammacher — Witwe u. Erben Butenberg.

Der Kaufmann und Bergwerksbesitzer Johann Wilhelm Butenberg, zuletzt wohnhaft zu Boppard im Landgerichtsbezirke Coblenz hat am 20. Januar 1860 gemeinschaftlich mit Friedrich Grillo eine Urkunde unter Privatunterschrift ausgestellt, worin Beide bekennen, dem Dr. Hammacher in Essen, als Begründer der in der Bildung begriffenen Bergbau-Aktien-Gesellschaft Fortuna, zwei Kuxen an den 7 Steinkohlenzechen Consolidation I—VII und der Eisensteinzeche Doris versprochen zu haben,

Digitized by Google

welche Zechen sämmtlich in dem Kreise Bochum belegen sind. Am 5. Oktober 1863 starb Butenberg unter Hinterlassung seiner Witwe zweiter Ehe und seiner Kinder erster und zweiter Ehe, der heutigen Cassationsverklagten, welche nach dessen Tode sein Domizil in Boppard aufgaben und zur Zeit sämmtlich ihr Domizil zu Emden in der Provinz Hannover, haben. Der Mitunterzeichner der Urkunde vom 20. Januar 1860, Grillo, hat seinen Verpflichtungen Genüge geleistet, Butenberg dieselben bis zu seinem Tode unerfüllt gelassen und ist deren Vollzug rücksichtlich seiner minderjährigen Kinder zweiter Ehe auf Schwierigkeiten gestoßen. In Folge dessen ist der Dr. Hammacher gegen die Witwe und Erben des Johann Wilhelm Butenberg bei dem Königl. Landgerichte zu Coblenz, weil unter demselben — zu Boppard — dessen noch ungetheilter Nachlaß eröffnet worden, Klage erhoben, damit die Verklagten, als Erben und Rechtsnachfolger des Johann Wilhelm Butenberg, schuldig und gehalten erklärt würden, dem Kläger einen zur Umschreibung im Berggegenbuche zu Dortmund geeigneten Titel darüber auszustellen, daß er das Eigenthum, den Besitz und Genuß von einer Kux der Steinkohlenzeche Consolidation I—VII und der Eisensteinzeche Doris, gelegen in den Gemeinden Gelsenkirchen, Braubauerschaft und Scholke im Kreise Bochum, erlange und gutgeschrieben bekomme und zwar binnen kurzer, vom Gerichte zu bestimmender, Frist, nach derem fruchtlosem Ablaufe Kläger ermächtigt sein sollte, diese Umschreibung auch ohne Einwilligung und Mitwirkung der Requisiten auf deren Kosten bei der Königl. Berghypotheken-Commission in Dortmund oder der etwa an ihre Stelle tretenden Behörde, auf Grund und unter Vorlegung des zu erlassenden Urtheils als Titels selbst bewirken zu lassen, für den eventuellen Fall aber, daß die begehrte Umschreibung überhaupt oder mit der ganzen Kux nicht mehr erreichbar sein sollte, dem Requirenten, allen daraus entstehenden positiven und negativen Schaden zu ersetzen, dessen Liquidation nach Status verordnet oder ad separatum verwiesen werde, daß endlich das zu erlassende Urtheil aller Rechtsmittel ungeachtet für ohne Bürgschaft vollstreckbar erklärt werde.

Die Verklagten haben bei dem Landgerichte zu Coblenz einen Anwalt nicht bestellt, dasselbe hat aber durch Urtheil vom 7. April vorigen Jahres in contumaciam gegen die Verklagten sich für nicht kompetent erklärt, über die erhobene Klage zu erkennen und dem Kläger die Kosten zur Last gelegt.

Auf die von dem Kläger ergriffene Berufung beantragten die Verklagten durch ihren Anwalt die Beurkundung ihrer Erklärung, daß sie der Berufung zur Hauptsache keinen Widerspruch entgegenstellten. Nichtsdestoweniger hat der Königl. Appell.-Ger.-Hof zu Köln durch Urtheil vom 27. Dezember vorigen Jahres die Berufung, unter Verurtheilung des Appellanten in Strafe und Kosten verworfen.

Die Gründe dieser Entscheidung lauten:

J. E., daß auf Grund des in Essen ausgestellten Scheins vom 20. Januar 1860, worin Grillo und Butenberg anerkennen, dem Appellanten Hammacher zwei Kuxe der im Kreise Bochum gelegenen Steinkohlenzeche Consolidation versprochen zu haben, die Klage darauf gerichtet ist, daß die Erben Butenberg dem Kläger einen zur Umschreibung im Berggegenbuch von Dortmund geeigneten Titel darüber ausstellen sollen, daß Kläger das Eigenthum und den Besitz eines dieser Kuxe erlange und zugeschrieben bekomme, nach fruchtlosem Ablauf der zu bestimmenden Frist aber Kläger

Digitized by Google

ermächtigt werde, diese Umschreibung auch ohne Mitwirkung der Verklagten bei der Berghypotheken-Commission zu Dortmund auf Grund des Urtheils als Titels selbst bewirken zu lassen;

Daß die Erben Butenberg zu Boppard, als dem letzten Domizil ihres bereits im Jahre 1863 verstorbenen Erblassers belangt sind, nachdem sie ihrerseits inzwischen ihr dortiges Domizil längst aufgegeben haben;

J. E., daß die Klage, wie sie angestellt worden, unzweideutig bezweckt, dem durch den in Essen ausgestellten Schein begründeten, blos persönlichen, Rechte einen dinglichen Charakter zu verleihen und den Eigenthumserwerb an dem nach §. 268 des Bergwerksgesetzes für Immobilar zu erachtenden Kuxe herbeizuführen;

Daß diesem Petitum sich der übrige Inhalt der Klage, namentlich die Schadensforderung, nur accessorisch, resp. event., anschließt;

Daß hierin also der erste Richter mit Recht eine dingliche Immobilarklage gefunden hat, für solche Klagen aber der Art. 59 der Pr.-Ordn. den Gerichtsstand speciell bezeichnet und auf sie die der weitern Bestimmung des Artikels über den Gerichtsstand in Successionssachen zu Grunde liegende Fiktion ihrem legislatorischen Grunde nach nicht auszudehnen ist;

Der Kläger hat nunmehr die Cassation des Erkenntnisses zweiter Instanz nachgesucht und Verletzung des Art. 59 der V. Pr.-Ordn. Abschn. 1 (en matière personelle), Abschn. 4 (en matière mixte), Abschn. 6 Nro. 2 (en matière de succession) durch unterlassene und des Art. 59 Abschn. 3 durch falsche Anwendung gerügt.

Das von dem Rechtsanwalt Mecke eingereichte Cassationsgesuch behauptet, daß der Appellationsrichter rechtlich geirrt habe, indem er annahm, daß hier eine Klage en matière réelle vorliege. Der Cassationskläger habe gewisse Handlungen geleistet und dafür seien ihm die streitigen Bergwerksantheile versprochen worden. Es handle sich mithin um die Erfüllung eines Innominatcontrakts. Die Verpflichtung zur Ausstellung eines für die Eintragung im Berggegenbuche geeigneten Titels sei nur ein Theil der durch Vertrag übernommenen persönlichen Verbindlichkeit. Die Klage sei daher eine persönliche und verfolge nur ein jus ad rem obtinendam. Die accessorischen und eventuellen Anträge auf Schadensersatz seien nur geeignet, die Anschauung von dem persönlichen Charakter der Klage zu verstärken.

Jedenfalls gehöre die Klage in das Gebiet der matière mixte, sofern man dieselbe als actio personalis in rem scripta betrachten könne, obgleich hier nicht einmal die Herausgabe der Sache selbst verlangt werde. Unter dieser Voraussetzung habe das Gesetz dem Gläubiger die Wahl überlassen, den vorherrschenden rechtlichen Charakter der Klage zu bestimmen und dieselbe in dem forum domicilii oder dem forum rei sitae, anzustellen. Das gewählte forum sei auch unter diesem Gesichtspunkt das richtige. Die Vorschrift des Art. 59 Abschn. C. Nro. 2 der V. Pr.-Ordn., daß die Klagen der Gläubiger des Erblassers vor getheilter Erbschaft vor das Gericht der eröffneten Erbschaft gebracht werden sollen, müsse auch auf die gemischten Klagen Anwendung finden. Die fragliche Bestimmung beruhe unverkennbar auf der Anschauung, daß vor stattgehabter Theilung die in dem Domizile des Erblassers, welches eigentlich durch dessen Tod untergegangen sei, wurzelnden Rechtsverhältnisse eine räumliche Veränderung nicht erfahren haben und nicht erfahren könnten. Es sollten deshalb alle Streitigkeiten, welche bei Lebzeiten des Erblassers vor das Gericht seines Wohnorts hätten gebracht werden können, auch nach seinem

Digitized by Google

Tode bis zur Theilung seiner Erbschaft vor dasselbe Gericht gebracht werden. Nach diesem, sowohl dem Interesse der Erbschaft, als der Gläubiger entsprechenden Grundsatze habe die vorliegende Klage auch als gemischte vor das Landgericht zu Coblenz gebracht werden können, welches bei Lebzeiten des Erblassers unbedenklich rücksichtlich der Klage zuständig gewesen sei. Der Art. 59 Abschn. 6. Nro. 2 scheide aber nach seinem Wortinhalte auch die reine Immobiliarklage gar nicht aus und werde deshalb behauptet, daß der Gerichtsstand der eröffneten Erbschaft vor bewirkter Theilung auch bei reinen Immobiliarklagen zulässig sei und die Entscheidung des Cassationsrichters hierüber verlangt. Endlich ist noch bemerkt worden, daß der Art. 59 Abs. 3 hier um deswillen unanwendbar sei, weil durch das Schweigen der Verklagten in erster Instanz Prorogation des Gerichtsstandes eingetreten sei.

Die für die Cassationsverklagten sub 2 durch den Rechtsanwalt Dr. Küntzel eingereichte Exceptionsschrift vertritt die Ansicht, daß die vorliegende Klage weder einen persönlichen noch einen gemischten, sondern lediglich einen dinglichen Charakter habe, und daß sie deshalb, da es feststehe, daß nach §. 228 des Berggesetzes vom 24. Juni 1865 die Kuxe als Immobilien anzusehen seien, nur in foro rei sitae habe verfolgt werden können.

Die Cassationsverklagten sub 1, haben in dieser Instanz keinen Anwalt bestellt, und nicht auf das Cassationsgesuch geantwortet.

Die Anträge lauten und zwar derjenige des Cassationsklägers:

Das Königl. Ober-Tribunal geruhe das angegriffene Urtheil zu cassiren, die Rückgabe der Succumbenzgelder zu verordnen und den Cassationsverklagten die Kosten zur Last zu legen, sodann in der Sache selbst nach den Appellations-Anträgen des Cassationsklägers — nämlich unter Evocirung der Sache — nach dem Klageantrage zu erkennen;

derjenige der Cassationsverklagten sub 2, den Cassationsrekurs gegen das Urtheil des Königl. Rhein. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 27. Dezember 1870 als unbegründet zu verwerfen und dem Cassationskläger die Kosten zur Last zu legen.

Urtheil:

J. E., daß die durch die Klage persönlich und als Hauptvormünderin ihrer minderjährigen Kinder in Anspruch genommene Witwe Butenberg in diesem Verfahren nicht erschienen, daher in contumaciam gegen dieselbe zu verfahren ist;

J. E., daß die erhobene Klage auf das von dem Johann Wilhelm Butenberg am 20. Januar 1860 unter Privatunterschrift anerkannte Versprechen gegründet und auf Erfüllung der solchergestalt übernommenen Verbindlichkeit gerichtet ist; daß sich demnach die Klage als eine persönliche darstellt und daß diese ihre Natur dadurch nicht verändert wird, daß der Gegenstand der in Rede stehenden Verbindlichkeit eine unbewegliche Sache ist;

Daß demnach der Rhein. Appell.-Ger.-Hof, indem er die Klage für eine dingliche erachtet, und das Landgericht zu Coblenz, das forum haereditatis, für nicht kompetent erklärte, den Art. 59 Abs. 1, 3 und 6 der B. Pr.-Ordn. verletzt hat und das angegriffene Urtheil desselben der Vernichtung unterliegt;

Sodann in der Sache selbst an die Stelle des Appell.-Gerichts-Hofes tretend:

Digitized by Google

J. E., daß das Landgericht zu Coblenz als forum haereditatis für die erhobene persönliche Klage kompetent war;

Daß die Verklagten nach Inhalt ihres zu dem Urtheile des Appell.-Ger.-Hofes vom 27. Dezember 1870 genommenen Antrags der Berufung in der Hauptsache keinen Widerspruch entgegengestellt haben;

Daß demnach die Sache zur Endentscheidung reif ist;

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civil-Senat (Rhein. Senat), in contumaciam gegen die Witwe Butenberg erkennend, das Urtheil des Königl. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 27. Dezember 1870, verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des Vernichteten, legt den Cassationsverklagten die Kosten des Verfahrens zur Last und verordnet die Zurückgabe der Succumbenzstrafe;

Reformirt, in der Sache selbst erkennend, das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Coblenz vom 7. April 1870 und erklärt die Appellaten, Erben und Rechtsnachfolger von Johann Wilhelm Butenberg, für gehalten, dem Appellanten Hammacher einen zur Ueberschreibung im Berggegenbuche zu Dortmund geeigneten Titel darüber auszustellen, daß er das Eigenthum, den Besitz und Genuß von einer Kux der Steinkohlenzechen Consolidation I—VII und der Steinkohlenzeche Doris, gelegen in den Gemeinden Gelsenkirchen, Braubauerschaft und Scholke im Kreise Bochum erlange und zugeschrieben bekomme und zwar binnen Frist von 4 Wochen; ermächtigt den Appellanten, nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist die Umschreibung auch ohne alle Einwilligung und Mitwirkung der Appellaten auf deren Kosten bei der Königl. Berghypotheken-Commission zu Dortmund oder der etwa an deren Stelle tretenden Behörde auf Grund dieses Urtheils als Titels bewirken zu lassen; verurtheilt für den Fall, daß diese Umschreibung überhaupt oder mit der ganzen Kux nicht mehr erreichbar sein sollte, die Appellaten, dem Appellanten allen daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, dessen eventuelle Liquidation einem besondern Verfahren vorbehalten wird.

(V. Senat.) Sitzung vom 31. November 1871.

Ref.: H. Geh. Ob.-Tr.-Rath v. Holleben II.

Concl.: H. Geh. St.-A. Wever.

Advokaten: Mecke — Lüntzel.

Theilung einer Güter-Gemeinschaft bez. Erbschaft. — Sicheres Datum. — Deklarativ-Effekt. — Theilhypothek. — Gemeinsame Verpfändung durch sämmtliche Theilhaber.

Der Beweis des sichern Datums einer unter Privat-Unterschrift vollzogenen Theilung einer ehelichen Güter-Gemeinschaft ist Hypothekar-Gläubigern gegenüber an die formellen Beweisregeln des Art. 1328 des B. G.-B. gebunden und kann nicht aus den in Geschäftsbüchern einer Handlung enthaltenen Buchungen über die Vollziehung der Theilung

Digitized by Google

entnommen werden, auch wenn sämmtliche Theilungs-Contrahenten Kaufleute sind.

Das Prinzip des Art. 883 des B. G.-B. ist für die Theilung einer Güter-Gemeinschaft in gleicher Weise, wie für die Theilung einer Erbschaft anwendbar.

Die gegen einen Theilhaber der Güter-Gemeinschaft oder Miterben aus einer von ihm geführten Vormundschaft bestehende Legalhypothek an den noch ungetheilten Immobilien hat zunächst nur die rechtliche Bedeutung einer Theilhypothek, welche nur dann zur Wirksamkeit gelangt, wenn diese Immobilien bei der künftigen Theilung in dessen Loos fallen oder bei der Licitation von ihm erstanden werden.

Dieselbe hat aber, sobald diese Bedingung, gleichviel zu welcher Zeit, sofern nur vor Einleitung des Subhastations-Verfahrens eintritt, in Folge des Deklarativ-Effekts der Theilung, gegenüber den übrigen auf den gemeinschaftlichen Immobilien haftenden gesetzlichen, gerichtlichen und vertragsmäßigen Hypotheken ihren Rang nach dem Datum der eröffneten Vormundschaft, und geht allen Hypotheken spätern Datums, auch wenn dieselben von sämmtlichen Theilhabern während der Indivision gemeinschaftlich bewilligt worden sind, vor.

Die Validirung einer solchen Theilhypothek in dem vorausgesprochenen Umfang ist nicht abhängig von einer durch den Theilhypothekar-Gläubiger den Theilhabern der Güter-Gemeinschaft oder Erben vor deren gemeinschaftlichen Verpfändung zu machenden Zustellung. *)

---

*) Anmerkung. Durch das nachstehende Urtheil ist die in Band 63 S. 194 abgedruckte Entscheidung des Königl. Appell.-Ger.-Hofes, soweit sie auf die Wirkung der Theilhypothek sich bezieht, cassirt worden. Diese Entscheidung ist jedoch soweit sie den ersten vorausgestellten Satz betrifft, aufrecht erhalten; und war es, da die desfallsigen Motive an der vorangeführten Stelle nicht mit abgedruckt waren, angemessen, dieselben mit einer vollständigen Darstellung des Faktums hier aufzunehmen.

Vergleiche über das Prinzip des Art. 883 auch das 2. und 3. Motiv des Urtheils des Ober-Trib. (Band 63 II. A 26), welche in ihrer weitern Consequenz nothwendig zu den vorrubricirten Sätzen sub 2 bis 4 führen mußten.

Vor Erlaß des Urtheils des Ober-Tribunals hat auch der 1. Senat des Appell.-Hofes durch Urtheil vom 27. Juli 1871 in Sachen Ebels u. Lichtenbein im Sinne der cassirten Entscheidung erkannt.

Digitized by Google

Urbach — Böminghaus u. Conf.

Am 13. Mai 1868 wurden vor dem Friedensgerichte zu Köln Nro. I gegen Johann Balthasar Urbach und Hermann Urbach, Sohn erster Ehe des Johann Balthasar Urbach, die beiden in Köln in der Mathiasstraße unter Nro. 12 und 14 gelegenen Häuser, als deren gemeinschaftliches Eigenthum, Schulden halber subhastirt und der Gertrud Urbach, der Tochter zweiter Ehe des genannten Johann Balthasar Urbach, für 12760 Thaler zugeschlagen. Der Rechtsstreit, in welchem gegenwärtig über den Rekurs der Cassationskläger zu entscheiden ist, betrifft die in dem Collocationsverfahren über diese Kaufgelder entstandenen Streitigkeiten.

Die beiden subhastirten Häuser sind nämlich von Johann Balthasar Urbach während seiner ersten Ehe erworben worden, waren zwischen ihm und seiner ersten Frau gütergemeinschaftlich und nach deren Ableben sein und seines einzigen Kindes erster Ehe, des Hermann Urbach, gemeinschaftliches Eigenthum geworden. Beide haben nun auch gemeinschaftlich, mittels notarieller Schuld- und Pfandverschreibung vom 16. April 1864 die beiden Häuser den Extrahenten der Subhastation, nämlich den Eheleuten Heinrich Böminghaus genannt Koopmann und Anna Maria Offermann, und der Agnes Offermann, für eine Forderung von 7000 Thlr., und in gleicher Weise dem Abraham Schaafhausen'schen Bankverein, unter dem 9. Mai 1866 für eine Forderung von 5000 Thlr. zur Hypothek gestellt.

Schon mit dem, am 12. Februar 1855 erfolgten Tode seiner zweiten Frau, war aber Johann Balthasar Urbach gesetzlicher Vormund seines damals noch minderjährigen Kindes zweiter Ehe, der Gertrud Urbach, geworden, und deshalb seine Immobilien von der Legalhypothek für das unter seine vormundschaftliche Verwaltung gekommene Vermögen seiner Tochter ergriffen worden.

Bei dem Collocationsverfahren über die Kaufgelder der von ihr selbst angesteigerten Häuser producirte nun die Gertrud Urbach aus der vormundschaftlichen Verwaltung ihres Vaters eine Forderung von 13273 Thlr. 5 Sgr. 4 Pfg. nebst einem Zinsenteste, bis zum 23. Dezember 1866, im Betrage von 1618 Thlr. 14 Sgr. 6 Pfg. und ferneren Zinsen; sowie eine nur dem nackten Eigenthum nach zu liquidirende Forderung von 6574 Thlr. 10 Sgr. Sie glaubt für diese Forderungen die erste Stelle nach den Kosten begehren zu dürfen. Sie behauptet nämlich: die ursprünglich zur Gütergemeinschaft der ersten Ehe ihres Vaters gehörigen Häuser seien durch Theilung zwischen diesem und seinem Sohne alleiniges Eigenthum ihres Vaters geworden. Wegen des Declarativeffects dieser Theilung sei deshalb ihr Vater als deren Eigenthümer von der Auflösung der ersten Ehe an zu betrachten, und sonach schon am 12. Februar 1855 mit der Uebernahme der Vormundschaft über sie, das Kind zweiter Ehe, die Häuser von der Legalhypothek zu ihren Gunsten ergriffen worden. Als Theilung bezeichnet sie eine das Datum vom 5. März 1856 tragende Abrechnung zwischen Vater und Sohn unter Privatunterschrift, wodurch gegen eine Geldabfindung des Sohnes, die Häuser alleiniges Eigenthum des Vaters geworden seien, und nahm in zweiter Linie Bezug auf ein im Prozesse über die Theilung der beiden Gütergemeinschaften ihres Vaters, sowie des Nachlasses ihrer Mutter ergangenes Urtheil des Landgerichts zu Köln vom 16. Mai 1867, durch welches jene Abrechnung constatirt und deshalb mit allseitigem Einverständniß ihr Halbbruder Hermann Urbach aus dem Prozesse gesetzt sei.

Digitized by Google

Der Collocations-Commissar hat denn auch in seinem provisorischen Status die Gertrud Urbach hinter den Betreibungskosten locirt.

Diese Locirung derselben wurde aber von den genannten Extrahenten der Subhastation und dem Schaaffhausen'schen Bankverein contestirt. Es wurde bemerkt, daß die Gertrud Urbach nur eine Theilhypothek an den beiden Häusern erworben habe, welche ihrer, von sämmtlichen Miteigenthümern derselben consentirten Hypothek gegenüber um so weniger in Betracht kommen könne, als eine denselben vorangegangene Theilung nicht constire, und das in dem Theilungsprozesse am 16. Mai 1867 ergangene Urtheil den dabei nicht zugezogenen Opponenten rücksichtlich der bis dahin von den Theilungs-Interessenten gemeinschaftlich vorgenommenen Verpfändung nicht präjudiziren könne.

Durch Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 20. Juli 1869 wurden die Einsprüche der Eheleute Böminghaus, der Agnes Offermann und des Schaaffhausen'schen Bankvereins, gegen die sub 2 des provisorischen Status vom 22. November 1868, resp. in dessen Nachtrag vom 28. Jan. 1869 erfolgte Locirung der geschäftlosen Gertrud Urbach angenommen, und verordnet, daß die genannte Gertrud Urbach aus dem Status und dessen Nachtrag gelöscht werde. Die Gründe dieses Urtheils gipfelten in dem Satze: daß es den Opponenten gegenüber an jedem Beweise fehle, daß bereits vor der am 13. Mai 1868 stattgehabten Subhastation der fraglichen Häuser das alleinige Eigenthum derselben in Folge einer zwischen Johann Balthasar Urbach und Hermann Urbach vorgenommenen Auseinandersetzung, auf den Ersteren übergegangen sei, und hiermit auch die an diese Behauptung geknüpften Folgerungen ihre Basis verloren. Es wurde demnach insbesondere hervorgehoben, daß die Legalhypothek der Gertrud Urbach sich in Beziehung auf die subhastirten Häuser nur als Theilhypothek darstelle und in Folge davon, daß Johann Balthasar Urbach nicht Ansteigerer derselben geworden und sonach in Folge des Grundsatzes des Art. 883 des B. G.-B. so zu betrachten sei, als habe er niemels einen Antheil an denselben gehabt, jedwede Wirksamkeit verloren habe.

Die Berufung der Gertrud Urbach hat der Königl. Appell.-Ger.-Hof zu Köln durch Urtheil vom 24. Februar 1871 verworfen.

Die Gründe dieser Entscheidung lauten:

J. E., daß die beiden gegen die Appellaten Urbach Vater und Sohn subhastirten und von der Appellantin Gertrud Urbach, Tochter zweiter Ehe des Appellaten, Urbach Vater, angesteigerten Häuser, über deren Steigpreis im Collocationsverfahren der gegenwärtige Streit entstanden ist, zu der Gütergemeinschaft erster Ehe des Urbach Vater gehört haben, deren Masse bei Auflösung der ersten Ehe zwischen Urbach Vater und Urbach Sohn gemeinschaftlich wurde;

Daß die genannten Urbach Vater und Sohn, die alleinig Betheiligten an dieser Masse, in den Jahren 1864 und 1866 den Appellaten, Ehefrau Böminghaus, Agnes Offermann und Schaaffhausen'schen Bankverein, für bei denselben aufgenommene Darlehn Hypothek auf die beiden Häuser bestellt haben, auf Grund deren diese Darlehnsgläubiger im Range des Datums ihrer Hypotheken-Inscription in den provisorischen Status aufgenommen worden sind;

Daß unbestritten zur Zeit dieser Hypothekenbestellungen Urbach Vater bereits die Vormundschaft über seine Tochter zweiter Ehe, die Appellantin

Digitized by Google

Gertrud Urbach, führte, und Letztere daher eine vom Tage des Vormundschaftsbeginnes datirende Legalhypothek an den Immobilien ihres Vaters hat;

Daß hiervon ausgehend die Appellantin Gertrud Urbach den Anspruch erhebt, daß ihre Legalhypothek die beiden Häuser, und zwar im Ganzen, bereits ergriffen habe noch ehe den genannten Darlehnsgläubigern Hypothek bestellt worden sei, und sonach ihr bei der Vertheilung des Steigpreises für ihre ganze aus der Vormundschaftsführung entspringende Forderung, der hypothekarische Vorrang vor jenen Darlehnsgläubigern gewährt werden müsse;

Daß die Appellantin zur Begründung dieses Anspruchs in erster Linie behauptet, es sei bereits im Jahre 1856 die Gütergemeinschaftsmasse erster Ehe zwischen Urbach Vater und Sohn in der Weise getheilt worden, daß die fraglichen beiden Häuser, nebst den übrigen Masse-Bestandtheilen, dem Vater Urbach gegen Herausgabe einer Geldsumme zum ausschließlichen Eigenthum überlassen worden seien; daß aber, wenn auch die hierfür vorgelegte, vom 5. März jenes Jahres datirte Privaturkunde ihrem Inhalte nach als eine die beiden Häuser dem Vater Urbach zuweisende Theilung der Gütergemeinschaftsmasse aufzufassen ist, doch kein legaler Beweis dafür vorgebracht worden, daß jene nicht einregistrirte Privaturkunde vor dem angegebenen Tage, oder überhaupt nur vor den von Urbach Vater und Sohn gemeinschaftlich bewilligten Hypotheken errichtet worden sei;

Daß nämlich, wie der erste Richter mit Recht angenommen hat, die Appellantin, wenn sie zur Begründung des Vorranges ihrer Hypothek vor den Hypotheken der Appellaten den Beweis führen will, daß der fragliche Theilungsakt zwischen Urbach Vater und Sohn bereits vor der angegebenen Zeit abgeschlossen worden sei, unzweifelhaft an die, im Art. 1328 des B. G.-B. über das Datum von Privaturkunden enthaltene formale Beweisregel gebunden ist, da die Appellaten Böminghaus, Offermann und Bankverein, als Hypothekgläubiger bezüglich jenes Theilungsakts, an welchem sie nicht Theil genommen haben, im Sinne des bezogenen Artikels als Dritte anzusehen sind;

Daß dieser Anwendung des Artikels der Art. 882 keineswegs entgegensteht, indem der Letztere es nicht mit der Frage zu thun hat, in welcher formalen Weise der Beweis, daß eine Theilung zu einer bestimmten Zeit stattgefunden habe, zu führen sei, sondern mit der davon ganz verschiedenen Frage: unter welchen Voraussetzungen eine erwiesene Theilung von dem Gläubiger der Miterben angefochten werden könne; daß hiernach, da die vorgelegte Privaturkunde nicht einregistrirt ist, auch von der Appellantin kein, der fraglichen Zeit vorangehender authentischer Akt vorgelegt wird, in welchem der wesentliche Inhalt des Privattheilungsakts erwähnt wird, dem erkennenden Richter gesetzlich die Möglichkeit entzogen ist, als erwiesen anzunehmen, daß die in der Privaturkunde verbriefte Theilung vor den, Seitens Urbach Vater und Sohn gemeinschaftlich vorgenommenen Hypothekenbestellungen abgeschlossen worden sei; daß es namentlich gesetzlich unstatthaft ist, diesen Beweis aus den von der Appellantin angeführten Thatsachen, insbesondere den in den Geschäftsbüchern der Handlung Urbach enthaltenen Buchungen über Vollziehung jener Theilung zu entnehmen, da, wenn auch die beiden Theilungscontrahenten Kaufleute sind, doch die Theilung nicht als ein im Betriebe des Handelsgewerbes abgeschlossenes Rechtsgeschäft angesehen werden kann;

Die weitern Gründe dieses Urtheils sind Bd. 63 S. 194 abgedruckt.

Digitized by Google

Gertrud Urbach hat das Rechtsmittel der Cassation eingelegt. In dem für sie durch den Rechtsanwalt Mecke eingereichten Cassationsgesuche behauptet sie, als erstes Cassationsmittel

Verletzung der Art. 882, 1315, 1328 — 1330, 1347, 1348 des B. G.-B., Art. 34 und 40 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, durch falsche, resp. durch Nichtanwendung.

Es wird ausgeführt:

Der Appellationsrichter halte mit Unrecht den Art. 882 des B. G.-B. in vorliegender Sache für bedeutungslos. Es komme in Betracht, daß die Theilung vom Gesetze als eine Thatsache, als ein Vorgang, Akt, im Gegensatze zu einem eigentlichen Vertrage, aufgefaßt werde, und daß der Angriff der Gläubiger in Betreff des Zeitpunkts einer vollzogenen Theilung, ebensowohl eine Attaque im Sinne des Art. 882 darstelle, als wenn die Theilung in ihrer Existenz angegriffen werde. Jedenfalls ergebe sich auch aus Art. 882 in Verbindung mit Art. 846 und 1315, daß, wenn, wie hier, die Thatsache der Theilung überhaupt feststehe, der Gläubiger den Beweis zu führen habe, sie sei zu einem Zeitpunkte erfolgt, wo sie ihm erworbene Rechte nicht beeinträchtigen konnte und daß diejenigen, welche sich auf die Theilung berufen, zum Beweise des thatsächlichen Vorgangs, und insbesondere der Zeit derselben, sich auf alle Beweismittel, namentlich Handlungsbücher und Zeugen, berufen dürften, insbesondere dann, wenn, wie hier, die Partei, welche sich auf die Theilung berufe, an derselben nicht Theil genommen habe. Wenn also nicht die Opponten mit dem Beweise zu belasten gewesen seien, daß die Theilung zu einer späteren Zeit als im Jahre 1856 stattgefunden habe, so würden jedenfalls die Beweise in Betracht zu ziehen gewesen sein, welche die Cassationsklägerin in zweiter Instanz über den Vollzug der Theilung im Jahre 1856 durch die Handlungsbücher beider Theilhaber und durch Zeugen in erheblicher Weise angetreten hätte. Aus den zu diesem Ende articulirten Thatsachen würde sich überdies der Beweis der Theilung selbstständig ergeben haben, und verletze der Appellationsrichter auch den Art. 1328, indem er der Cassationsklägerin, welche sich als Nichtinteressentin keinen schriftlichen Beweis über die Theilung verschaffen konnte, die freieste Beweisführung über die von dritten Personen zu einem gewissen Zeitpunkte vorgenommenen Handlungen, verschließe. Wenn der Appellationsrichter bezüglich der Handelsbücher bemerke, daß die Theilung nicht als Handelsgeschäft anzusehen sei, so lasse er unberücksichtigt, daß hier thatsächliche Vermuthungen zulässig und die Handelsbücher jedenfalls geeignet seien, solche zu begründen. Der Appellationsrichter wende sonach auch den Art. 1328 des B. G.-B., den Art. 34 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs und die Art. 1329 und 1330 des B. G.-B., falsch an und lasse Art. 40 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs unberücksichtigt, nicht minder den Art. 1347 des B. G.-B., da das unter einer Privaturkunde stehende Datum jedenfalls dritten Personen gegenüber als Anfang eines schriftlichen Beweises den Zeugenbeweis zulässig mache.

Endlich sei es rechtsirrthümlich, wenn der Appellationsrichter die Opponenten als Dritte im Sinne des Art. 1328 bezeichne, da dieselben nur Repräsentanten von Urbach Vater und Sohn, und deshalb verpflichtet seien, alles gegen sich gelten zu lassen, was gegen diese gilt.

Als zweites Cassationsmittel wird

Digitized by Google

Verletzung der Art. 718, 724, 882, 883, 1689, fg. 2121, 2135 Nro. 1 des B. G.-B. durch Nichtanwendung, resp. falsche Anwendung behauptet.

Das zweite Cassationsmittel stellt sich auf den Standpunkt, daß die Theilung zwischen Vater und Sohn erst nach Bestellung der Hypotheken zu Gunsten der Opponenten stattgefunden habe. Es bestreitet die ganze Theorie des Appellationsrichters als rechtsirrthümlich. Soweit er dieselbe mit dem Retractrechte des Art. 841 des B. G.-B. begründen wolle, sei solches jedenfalls verfehlt, da es sich um ein Recht ganz singulärer Natur handle. Aus diesem Retractrechte folge ebensowenig, wie aus der rechtlichen Natur der Gemeinschaft, die Nothwendigkeit der Zustellung eines Erbschaftskaufs, sondern daraus, daß der Uebertrag einer Erbschaft durch Cession erfolge. Was aber auch vom Erbschaftskaufe gelten möge, gelte deshalb noch nicht von der Constituirung von Hypotheken, insbesondere von Legalhypotheken. Die gesetzlichen Erfordernisse einer solchen hätten für den vorliegenden Fall schon am 12. Februar 1855, beim Tode der zweiten Ehefrau des Johann Balthasar Urbach, vorgelegen. Allerdings sei die Hypothek eine Theilhypothek gewesen, deren volle dingliche Wirkung also von der Bedingung abhängig, daß der Vormund alleiniger Eigenthümer der durch die Hypothek mitbegriffenen Grundstücke wurde; aber auch allein von dieser Bedingung. Eine Zustellung, wie sie der Appellationsrichter verlange, sei vom Gesetze nicht vorgeschrieben. Der Appellationsrichter verletze durch seine Ausführung den Art. 841 und die Art. 2121 und 2135 Nro. 1 des B. G.-B., sowie die Art. 1689 fg., indem er die Grundsätze über die Wirksamkeit einer Cession Dritten gegenüber auf die Constituirung von Legalhypotheken anwende. Die Annahme eines nur persönlichen Anspruchs der Gertrud Urbach, welcher erst durch seine Notification an ihren Stiefbruder dinglichen Charakter erhalte, widerspreche geradezu dem Gesetz, da ihr eine von der Eintragung nicht abhängige, gegen Jedermann mit dinglicher Wirkung geltend zu machende Hypothek zustehe, wenn vermöge des im Art. 883 ausgesprochenen Grundsatzes, das Eigenthum zu Gunsten ihres Vaters deklarirt sei. Insbesondere müsse dieses Prinzip auch Anwendung finden, gegenüber den von sämmtlichen Erben an den Massegrundstücken bestellten Hypotheken, welche nicht wieder Theilhypotheken und in ihrer Wirkung von dem Ausgange der Theilung abhängig seien. Es komme also darauf an: ob nicht wenigstens das Urtheil von 1867 den Erwerb der Grundstücke durch Theilung für den Vater zur Folge hatte, denn in diesem Falle schließe sich nach Art. 883 sein Alleineigenthum unmittelbar an das der Gütergemeinschaft an. Die Theorie des Appellationsrichters stelle das ganze Prinzip des Art. 883 in Frage. Völlig verfehlt seien auch die Herleitungen des Appellationsrichters aus dem Art. 882. Denn eine Hypothekbestellung sei keine Theilung.

Die durch den Justizrath Dorn für die Cassationsverklagten, Eheleute Böminghaus, Agnes Offermann und den Schaaffhausen'schen Bankverein eingereichte Exceptionsschrift hält das Cassationsgesuch für unbegründet.

Bezüglich des ersten Cassationsmittels hält sie es für nicht erfindlich, wie der lediglich mit der Beweiskraft von Privaturkunden sich beschäftigende Art. 1328 des B. G.-B. durch die Vorschrift des Art. 882 ibid. alterirt werden könne, da der letztere nur die Voraussetzung bestimme, unter welcher überhaupt eine bewiesene — oder soviel es im einzelnen Falle darauf

Digitized by Google

ankomme — auch der Zeit nach erwiesene Theilung angegriffen resp. rückgängig gemacht werden könne. Daß die Cassationsverklagten rücksichtlich der fraglichen Abrechnungsurkunde Dritte seien, erscheine unbedenklich, da sie nicht aus der Theilung Rechte ableiteten, sondern Rechte geltend machten, welche trotz der Theilung bestehen könnten. Nur der Cassationsklägerin liege es nach Art. 1315 des B. G.-B. ob, die Thatsache der zur behaupteten Zeit vollzogenen Theilung zu beweisen. Gegen Dritte könne die producirte Privaturkunde ein bestimmtes Datum nicht anders als auf eine der im Art. 1328 aufgeführten Arten erlangen. Mit Recht habe daher der Appellhof die subsidiarisch erbotenen Beweise unberücksichtigt gelassen. Unter dem Gesichtspunkte, daß die Cassationsklägerin nicht in der Lage gewesen sei sich eine, insbesondere das Datum beweisende Urkunde über die Theilung zu verschaffen, habe der Appellationsrichter die erbotenen Beweise nicht zu untersuchen gehabt, weil sich die Cassationsklägerin in zweiter Instanz hierauf gar nicht berufen hätte. Auch die als verletzt bezeichneten Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs seien von dem Appellationsrichter nicht rechtsirthümlich aufgefaßt worden, denn der Art. 34 spreche nur von der Beweiskraft der Handelsbücher in Handelssachen und eine solche liege hier nicht vor. Der Art. 40 aber könne nicht verletzt sein, da die Cassationskläger eine Mittheilung der Handelsbücher nicht gefordert hätten; der Art. 40 übrigens dem Richter auch nur eine Befugniß beilege, deren Nichtgebrauch keinen Cassationsgrund bilden könne.

Zum zweiten Cassationsmittel tritt die Exceptionsschrift zunächst der Ausführung entgegen, daß die von allen Miterben consentirten Hypotheken ihrer Natur und Wirkung nach nur als Theilhypotheken anzusehen seien. Sie findet das Wesen und den Grund der beschränkten Wirksamkeit einer Theilhypothek nur darin, daß der einzelne Miteigenthümer durch seine Handlungen die Rechte der übrigen Miteigenthümer nicht zu beeinträchtigen vermöge. Handelten aber diese alle gemeinschaftlich, so falle der Grund hinweg, aus welchem die practische Wirksamkeit der Theilhypotheken suspendirt werden müsse. Eine künftige Auseinandersetzung der Erben berühre die Rechte desjenigen Gläubigers nicht, welcher durch eine gemeinsame Verfügung aller Interessenten ein gegenwärtiges unbedingtes und unwiderrufliches Recht erworben habe. Der Art. 883 habe nicht die Nachlaßgegenstände gerade in dem Zustande vor Augen, in welchem sie sich beim Tode des Erblassers befunden, sondern in demjenigen thatsächlichen und rechtlichen Zustande, in welchem sie sich bei der Theilung befunden. Seien sämmtliche Erben berechtigt ein Grundstück gemeinschaftlich mit einer Hypothek zu belasten, so sei es undenkbar, daß bei der Theilung einem Miterben das Grundstück in der Beschaffenheit zugetheilt werde, in welcher dasselbe sich beim Tode des Erblassers befand. Die Verpfändung des gemeinschaftlichen Eigenthums durch sämmtliche Miterben stehe mit der Veräußerung desselben auf gleicher Linie. Im Falle der letzteren könnten Theilhypotheken nicht zur Existenz gelangen. Durch die Verpfändung hätten die Miteigenthümer den Gläubigern das jus distrahendi eingeräumt, welches auch nach der Theilung jeder Miterbe respectiren müsse. Wie durch die Veräußerung das Grundstück ganz aus der Masse scheide, so werde durch gemeinsame Bestellung der Hypothek der entsprechende Theil des gemeinschaftlichen Eigenthumsrechts aus der Masse ausgeschieden. Es liege in der Belastung mit einem dinglichen Rechte eine partielle

Digitized by Google

Veräußerung, durch welche das gemeinschaftliche Eigenthum an dem betreffenden Objecte um den Inhalt der dinglichen Berechtigung gemindert werde. Nur in dieser verminderten Beschaffenheit könne das Object noch Gegenstand der Theilung werden und in das Loos eines Miterben fallen. Theilhypotheken könnten in diesem Looſe nur mit der Maßgabe validiren, daß die von allen Erben bestellte Hypothek vorgehe, da sonst die in Folge der Hypothekenbestellung gewährleistungspflichtigen Erben in ihren Rechten beeinträchtigt werden würden. Die Theilhypothek könne in Folge ihrer bedingten und beschränkten Wirksamkeit kein größeres Object gewinnen, als durch die Zuweisung sich ergebe. Der Gläubiger eines Miterben, welchem eine Legalhypothek zustehe, möge opponiren, damit nicht ohne seine Mitwirkung die Nachlaßgegenstände ganz oder theilweise aus der Masse ausgeschieden werden; Art. 882 des B. G.-B. Habe er solches unterlassen, so stehe ihm kein Recht zu, vollkommen gültig geschehene Veräußerungen und Verpfändungen als ungeschehen zu behandeln, und umfassendere Rechte in Anspruch zu nehmen, als sein Schuldner nach Maßgabe der Auseinandersetzung in Anspruch zu nehmen befugt sein würde.

Der Antrag der Cassationsklägerin lautet:

Das Königl. Ober-Tribunal gernhe, das Urtheil des Königl. Rhein. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 24. Februar 1871 zu cassiren, und in der Sache selbst nach den Appellationsanträgen der Cassationsklägerin zu erkennen;

Derjenige der erschienenen Cassationsverklagten:

Das Königl. Ober-Tribunal wolle den Cassationsrekurs als unbegründet verwerfen, und den Cassationsklägern die Kosten des Verfahrens zur Last legen.

Urtheil:

In E., daß nach der Vorschrift des Art. 1476 des B. G.-B. die Theilung des Vermögens einer Gütergemeinschaft, insbesondere soviel die Wirkungen der Theilungen anbetrifft, allen für die Theilung unter Miterben in dem Titel von der Erbschaft aufgeführten Regeln unterworfen, mithin auch das im Art. 883 des B. G.-B. ausgesprochene Prinzip für eine solche Theilung in gleicher Weise wie für diejenige einer Erbschaft anwendbar ist;

Daß zufolge der thatsächlichen Grundlagen des angegriffenen Urtheils Johann Balthasar Urbach beim Tode seiner zweiten Ehefrau gesetzlicher Vormund seines mit derselben erzeugten, damals noch minderjährigen Kindes, der Cassationsklägerin Gertrud Urbach geworden, und daß in Folge dessen nach Art. 2135 des B. G.-B. sein gesammtes Immobiliar vom Tage der übernommenen Vormundschaft an durch die Legalhypothek zum Vortheil seiner Mündel ergriffen worden ist;

Daß wegen des, nach Art. 883 cit. der Theilung eines Nachlasses beziehungsweise einer Gütergemeinschaft beiwohnenden Deklarativ-Effekts die gedachte Legalhypothek rücksichtlich der in Frage stehenden zur Zeit ihres Entstehens noch in ungetheilter Gemeinschaft des Johann Balthasar Urbach und seines Sohnes erster Ehe, Hermann Urbach, befindlichen Häuser zunächst nur die rechtliche Bedeutung einer Theilhypothek gewinnen und überhaupt

Digitized by Google

nur dann zur Wirksamkeit gelangen konnte, wenn die Häuser bei der künftigen Theilung in das Loos des Vaters und Vormundes fielen, oder bei der Licitation von ihm erstanden wurden;

Daß aber, sobald diese Bedingung, gleichviel zu welcher Zeit, eintrat, in Folge des Declarativ-Effekts der Theilung, die Gertrud Urbach für ihre Legalhypothek den übrigen auf den gedachten Grundstücken haftenden gesetzlichen, gerichtlichen oder vertragsmäßigen Hypotheken gegenüber, auch den Rang nach dem Tage der eröffneten Vormundschaft in Anspruch zu nehmen berechtigt war, da Johann Balthasar Urbach in diesem Falle als einziger und unmittelbarer Nachfolger der bereits im Jahre 1837 aufgelösten Gütergemeinschaft erster Ehe, also als alleiniger Eigenthümer der Häuser am Tage der Uebernahme der Vormundschaft über seine Tochter zu gelten hatte;

J. E., daß der Appellationsrichter nun zwar mit Recht angenommen hat, daß durch das mit dem Datum vom 5. März 1856 versehene Schriftstück, welches er übrigens als eine dem Johann Balthasar Urbach das Eigenthum der Häuser gegen eine Geldabfindung des Sohnes zuweisende Theilung der Gütergemeinschaft auffaßt, wegen Mangels eines sicheren Datums den Cassationsverklagten als Dritten gegenüber nicht nachgewiesen werden könne, daß diese Urkunde an dem angegebenen Tage, oder überhaupt vor der von Urbach Vater und Sohn am 16. April 1864 und am 9. Mai 1866 gemeinschaftlich errichteten Hypotheken errichtet worden sei;

Daß auch die von der Cassationsklägerin Gertrud Urbach in der Appellationsinstanz subsidiarisch erbotenen Beweise, welche, wie das Urtheil ergibt, nur darauf gerichtet waren, den früheren Abschluß der verbrieften Theilung nachzuweisen, im Hinblick auf die limitative Vorschrift des Art. 1328 des B. G.-B., als in dieser Richtung unerheblich, nicht berücksichtigt werden konnten;

Daß der Appellationsrichter dagegen die rechtliche Bedeutung und eventuelle Wirksamkeit der der Gertrud Urbach zustehenden Legalhypothek verkannt hat, wenn er die weitere Streitfrage: ob die vorgelegte Theilungsurkunde nicht durch das landgerichtliche Urtheil vom 16. Mai 1867 nachträglich ein sicheres Datum erhalten habe, deshalb für unerheblich erklärte, weil jene Legalhypothek jedenfalls den von Urbach Vater und Sohn vor diesem letzteren Zeitpunkte gemeinschaftlich zu Gunsten des späteren Extrahenten der Subhastation und des Schaaffhausen'schen Bankvereins bestellten Hypotheken nachzustehen habe;

Daß die durch sämmtliche Miterben oder Theilhaber während der Indivision gemeinschaftlich an einem Massegrundstück bewilligten Hypotheken allerdings abweichend von der durch einen einzelnen Miterben bestellten Theilhypothek den Gläubigern ein unbedingtes und sofort wirksames Hypothekenrecht gewähren;

Daß indessen dergleichen von sämmtlichen Miterben oder Theilhabern bewirkten Verpfändungen doch ältere wohlerworbene Rechte an den Grundstücken nicht zu alteriren vermögen;

Daß als ein wohlerworbenes Recht dieser Art auch das bedingte Recht des Inhabers einer Theilhypothek betrachtet werden und demselben die volle gesetzliche Wirksamkeit gesichert bleiben muß, wenn eine spätere Theilung das Grundstück dem mit der Hypothek Belasteten zuweist, welcher durch seine Concurrenz bei der gemeinschaftlichen Verpfändung des Massegrundstücks dem gemeinschaftlichen Gläubiger keine größere Rechte auf seinen durch die künftige Theilung festzustellenden Antheil von Grundstücken über-

Digitized by Google

tragen konnte, als ihm mit Rücksicht auf die früher von ihm bereits bestellte oder Kraft Gesetzes gegen ihn entstandene Theilhypothek noch zur Verfügung stand, während die Mitwirkung der übrigen Miterben, in deren Loos das Grundstück bei der Theilung nicht fällt, durch dieselbe ihren Gegenstand und ihre Bedeutung verliert;

Daß den von sämmtlichen Erben und Theilhabern gemeinschaftlich constatirten Hypotheken insbesondere die ihnen vom Appellationsrichter beigemessene Wirkung durch das Gesetz nicht beigelegt ist, die spätere Validirung einer älteren Theilhypothek auf den Rest der Masse zu beschränken, welcher nach Ausscheidung der jenen Hypothekengläubigern eingeräumten Rechte verbleibt, daß auch die Validirung einer solchen Theilhypothek mit weiter reichender Wirkung nicht mit dem Appellationsrichter von einer den Miterben und Mittheilhabern vor deren gemeinsamer Verfügung zu machenden Zustellung abhängig zu machen ist, da eine solche Zustellung als Erforderniß der Conservirung des bedingten dinglichen Rechts des Inhabers einer Theilhypothek gegenüber den Verfügungen sämmtlicher Miterben durch keine gesetzliche Bestimmung vorgeschrieben wird;

Daß das zur Begründung der rechtlichen Nothwendigkeit einer derartigen Zustellung vom Appellationsrichter bezogene Verhältniß eines durch Uebertrag des Erbtheils an die Stelle eines Miterben getretenen Dritten, abgesehen davon, ob, wie der Appellationsrichter annimmt, der Uebergang des Rechts des übertragenden Miterben mit dinglicher Wirkung von einer den übrigen Miterben zu machenden formellen Mittheilung abhängig zu machen ist, jedenfalls keine Norm für die zur Wahrung der Rechte des Hypothekengläubigers eines Miterben gegen die Masse erforderlichen Schritte bilden kann, weil der Erwerb, die Wirkung und der Verlust von Hypothekenrechten überhaupt sich lediglich nach den besonderen Grundsätzen der Hypothekengesetzgebung regelt;

Daß auch der Art. 882 des B. G.-B., welcher dem nicht opponirenden Gläubiger das Recht zum Widerspruche gegen eine, ohne seine Concurrenz bewirkte, für seine Rechte präjudicirliche Theilung abspricht, keineswegs als Ausfluß der vom Appellationsrichter aufgestellten, durch das Gesetz nicht zu begründenden Rechtsanschauung aufzufassen ist, sondern lediglich ein im Interesse der möglichen Aufrechterhaltung endgültig vorgenommene Theilungen gebotenes und gerechtfertigtes Präjudiz gegen solche Gläubiger verhängt, welche es unterlassen haben, ihre durch den Rechtsbehelf des Art. 882 in Verbindung mit Art. 2205 des B. G.-B. mit dem eingreifendsten Schutze versehenen Interessen rechtzeitig zur Geltung zu bringen;

Daß endlich der Rückschluß von den Folgen einer das Grundstück gänzlich aus der Masse ausscheidenden Veräußerung durch die Gesammtheit der Erben oder Theilhaber, für die gegen den Einzelnen derselben bestehende Theilhypothek auf die mit einer von sämmtlichen Theilhabern während der Indivision consentirte Hypothek für die ältere Theilhypothek zu verbindenden rechtlichen Consequenzen als zutreffend nicht anerkannt werden kann, weil durch die gemeinschaftliche Bestellung einer Hypothek, so lange dieselbe noch nicht zur Zwangsveräußerung des von der Theilhypothek ergriffenen Grundstücks geführt hat, ihrer Natur nach nicht, wie im Falle der eigentlichen Veräußerung, der Eintritt der Bedingung zur Unmöglichkeit wird, an welche die Wirksamkeit einer Theilhypothek überhaupt vom Gesetze geknüpft ist;

Digitized by Google

Daß die Entscheidung des Appellationsrichters hiernach, indem sie aus rechtsirrthümlichen Gründen die Erheblichkeit einer, wie die Cassationskläger in zweiter Linie aufstellen, wenn auch später als die gemeinschaftlichen Verpfändungen, aber vor der Einleitung der Subhastation stattgehabten Theilung verkannte, mit dem Grundsatze des Art. 883 des B. G.-B. in seiner Anwendung auf die Validirung der gegen einen Theilhaber bestandenen Theilhypothek durch die Theilung in Widerspruch getreten ist, und diesen Artikel durch Nichtanwendung verletzt hat;

Daß dieselben nicht minder den Art. 2135 Nro. 1 des B. G.-B. verletzt, welcher die alleinigen Voraussetzungen des Entstehens der Legalhypothek eines Mündels an Immobilien des Vormundes feststellt, und zugleich ihren Rang gegenüber allen sonstigen, die betreffenden Grundstücke belastenden Hypotheken bestimmt, der ihr, soweit es sich um eine Theilhypothek handelt, auch nicht zu Gunsten der von allen Theilhabern gemeinschaftlich bestellten jüngeren Hypotheken versagt werden kann, wenn die Bedingung ihrer Wirksamkeit mit der ihr durch den Art. 883 beigelegten rückwirkenden Tragweite eingetreten ist;

Daß das angegriffene Urtheil daher vernichtet, die Sache selbst aber zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die zweite Instanz zurückgewiesen werden muß, da die Letztere von der durch den Appellationsrichter unbeantwortet gelassenen Frage abhängt, ob eine Theilung zwischen den Theilhabern der Gütergemeinschaft vor Einleitung des Subhastationsverfahrens stattgefunden, beziehungsweise die vorgelegte Theilung in Folge deren Johann Balthasar Urbach das Alleineigenthum der fraglichen Häuser verlangt haben soll, im Jahre 1867 ein sicheres Datum erhalten hat;

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civilsenat, (Rhein. Senat), das Urtheil des Königl. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 24. Februar 1871, soweit dadurch zwischen den Cassationsklägern und Cassationsverklagten erkannt ist; verweist sodann die weitere Verhandlung und Entscheidung in der Sache selbst an den dritten Senat des gedachten Königl. Appell.-Ger.-Hofes.

Sitzung vom 16. Januar 1872.

Ref.: H. Geh. Ob.-Tr.-Rath v. Holleben.

Concl.: H. Ob.-St.-A. Oppenhof.

Advokaten: Mecke — Dorn (Küntzel).

Urtheil. — Mangel der Entscheidungsgründe. — Subhastation. — Cession des Miethzinses. — Indebitum.

Ein Urtheil, welches zwar Entscheidungsgründe, nicht aber auch die Gründe enthält, aus welchen die verschiedenen der Klage und Vertheidigung zu Grunde gelegten Behauptungen und Einreden berücksichtigt oder nicht berücksichtigt worden sind, unterliegt der Vernichtung.

Digitized by Google

Die Annahme, daß die nach erfolgter Adjudikation im Subhastations-Verfahren erfallenen Miethbeträge unbedingt vom Tage des Zuschlages von Rechtswegen dem Adjudikatar zustehen, und daß der Miether dieselben, ungeachtet einer durch den Subhastaten vor der Subhastation vorgenommenen Cession an einen Dritten und ungeachtet einer in Folge dessen durch den Miether an den Dritten stattgehabten Zahlung, an den Adjudikatar zu zahlen habe, hat zur nothwendigen Folge, daß jene Cession eine dem Subhastaten nicht gehörende, fremde Forderung zum Gegenstande hatte, und daß daher die Zahlung derselben durch den Miether an den Cessionar ein indebitum darstellt.

Das Urtheil, welches von der ersten Annahme ausgehend dennoch die condictio indebiti des Miethers gegen den Cessionar zurückweist, unterliegt daher der Vernichtung.

Gebrüder Dieterich — Beilschmidt und Busch.

Durch Gerichtsvollzieherakt vom 24. September 1870 ließ Beilschmidt die Handlung Dieterich vor das Königl. Landgericht zu Düsseldorf mit dem Antrage auf Verurtheilung zur Zahlung von 483 Thlr. 10 Sgr. nebst Zinsen zu 5 Prozent vom 22. August 1870 vorladen, indem er die Klage darauf gründete, daß Kläger zufolge Adjudicationsurtheils vom 25. April 1870 in der Subhastationssache gegen Marx das näher bezeichnete Wohnhaus erworben habe und daß dies Haus durch (einregistrirten) Privatakt vom 1. April 1869 für den vierteljährig praenumerando mit 250 Thlr. zu zahlenden Miethspreis an die Verklagte vermiethet sei. Nach den der Subhastation zu Grunde gelegten Verkaufsbedingungen sei der Ansteigerer nach dem Zuschlage in den Besitz und Genuß des Hauses getreten und zwar unter Anerkennung der zu Recht bestehenden Miethverträge; Kläger habe daher von der Verklagten die Miethe vom 25. April bis 1. Juli 1870 mit 183 Thlr. 10 Sgr. zu fordern.

Für die Verklagte wurde auf Abweisung der Klage angetragen und ausgeführt, die Verklagte habe die vom Kläger geforderte Miethe bereits im Anfang April 1870 an den Wirth Busch, welchem der frühere Eigenthümer Marx dieselbe durch einen der Verklagten insinuirten Cessionsakt vom 8. Juni 1869 übertragen habe, bezahlt. Kläger, welcher am 25. April 1870 das qu. Haus angesteigert, sei nach seiner eigenen Ausführung gemäß den Kaufbedingungen verpflichtet, die Miethverträge anzuerkennen und auszuhalten, er müsse daher auch den vorliegenden Miethvertrag in allen seinen Theilen anerkennen, mithin auch die darin stipulirten Pränumerando-Zahlungen. Kläger sei nun am 25. April 1870 in den Besitz und Genuß des qu. Hauses getreten und hätte daher keinen Anspruch auf die vor diesem Tage fälligen Miethzinsen. Verklagte hätte auch die am 1. April 1870 fällige, unter Androhung der Pfändung vom Cessionar Busch geforderte Miethe nicht verweigern können. Kläger erkenne selbst die Rechtmäßigkeit der Stipulation der Pränumerando-Zahlung an, indem er die am 1. Juli 1870 erfallene Miethe für das folgende Quartal am 22. August ejusdem

Digitized by Google

gefordert und angenommen habe; derselbe müsse daher den Vertrag auch gegen sich gelten lassen.

Die verklagte Handlung Dieterich ließ zugleich den Cessionar Busch adcitiren, um Erstere gegen die Hauptklage zu vertreten, event. zur Erstattung dessen verurtheilt zu werden, wozu die Adcitantin dem Hauptkläger gegenüber verurtheilt werden möchte.

Für den Adcitaten Busch wurde auf Abweisung der Garantieklage, eventualiter der Hauptklage angetragen, indem er ausführte, daß die Adcitantin ihm nur bezahlt habe, was sie zufolge Vertrags schuldig gewesen, mithin von einer condictio indebiti keine Rede sein könne; der Hauptklage gegenüber wurde lediglich auf die Ausführungen des Verklagten Bezug genommen.

Durch Urtheil vom 4. Februar 1871 wurde die Verklagte zur Zahlung von 183 Thlr. 10 Sgr. nebst Zinsen zu 5 Prozent vom 22. August 1870 verurtheilt und die Adcitation des Busch unter Verurtheilung der Hauptverklagten in sämmtliche Kosten abgewiesen, indem es erwog:

Daß Adcitat Marx, obschon gehörig geladen, einen Anwalt nicht bestellt hat, daher in contumaciam gegen ihn zu verfahren ist;

Zur Sache: daß die dem Gläubiger an einer Liegenschaft bestellte Hypothek die Totalität der Rechte, welche dem Schuldner zur Zeit der Hypothekbestellung an der Liegenschaft zustanden, insbesondere nicht nur die Proprietätsrechte, sondern auch die Nutzungsrechte umfaßt, um die Liegenschaft und zwar in der Totalität der dem Schuldner daran zustehenden Rechte im Wege des Zwangsverkaufs zur Tilgung der Schuld zur Versteigerung bringen zu können; daß diesem rechtlichen Wesen einer Hypothek auch entsprechend ist, daß der Gläubiger nach erfolgter Beschlagnahme die vom Boden noch nicht abgesonderten Früchte einernten und verkaufen und die nach der Eintragung der Beschlagnahme ins Hypothekenbuch verfallenen Miethen oder Pächte mit Arrest belegen lassen kann und solche Früchte, Miethen oder Pächte den unbeweglichen Gütern darin gleich geachtet werden, daß der Betrag derselben nach Ordnung der Hypotheken vertheilt wird, (§. 8 der Subhastations-Ordnung vom 1. August 1822, früher Art. 689 und 691 der Bürgerl. Prozeß-Ordnung);

Daß demnach der Hypothekenschuldner rechtlich nicht befugt ist, derartige Verfügungen über die verhypothecirte Liegenschaft zu treffen, welche die bereits erworbenen Sicherheitsrechte des Hypothekargläubigers beeinträchtigen und dem Letzteren beim Eintritt des Zwangsverkaufs ein geringeres Exekutions-Object gewähren könnten, als demselben durch die bestellte Hypothek ursprünglich gegeben worden war; daß eine derartige Verfügung des Hypothekenschuldners darin liegen würde, wenn derselbe, wie im vorliegenden Falle, sich die Vorauszahlung des Miethpreises der verhypothecirten Liegenschaft stipulirt und zudem diesen Miethpreis einem Dritten cedirt hat, so daß die cedirte Miethe sogar noch über die Zeit der erfolgten Adjudikation hinaus reichte, daß das erwähnte, dem Hypothekengläubiger zustehende Recht auch auf den Adjudikator übergehen muß, da auf ihn die verhypothecirte Liegenschaft in der Totalität der dem Hypothekargläubiger daran in Folge der Hypothek zustehenden Rechte übertragen wird, daß, wenn hiernach im vorliegenden Falle mit dem Tage des Zuschlags (25. April 1870), der Kläger als Adjudikatar ein Recht auf die seitdem erfallenen Früchte erlangte, die Klage als begründet erscheinen muß, da die Miethe als Aequivalent für die Benutzung Tag für Tag erfällt, wenn auch die Zahlungstermine

Digitized by Google

willkürlich bestimmt werden mögen und die Verklagte sich nicht mit der Ausrede schützen kann, daß sie in gutem Glauben an einen anscheinend Berechtigten gezahlt, da sie bei der Publicität des Hypothekenregisters sowohl, als des am Zahltage (den 9. April 1870) schon seit mehreren Monaten anhängigen Subhastationsverfahrens rücksichtlich des von ihr gemietheten Objekts vollkommen in der Lage war, die ihr drohende Gefahr kennen zu lernen, ohne daß es dazu der Insinuation des Subhastationspatents oder einer speciellen Bekanntmachung der Einleitung des Subhastationsverfahrens bedurfte; daß ebenwenig der durch den Adcitaten Busch gegen Verklagte gerichtete Zahlungsbefehl oder selbst die Mobilarpfändung dieser zu Statten kommen können, da in dem Rechte der Opposition gegen Beide die Mittel gegeben waren, diese Vollstreckungsmaßregeln, wenn sie, wie im vorliegenden Falle, ungerechtfertigt waren, zu beseitigen und Verklagte es sich lediglich beizumessen hat, wenn sie Zahlung leistete, ohne von diesen Rechtsmitteln Gebrauch zu machen; . . . . . .

Zur Adcitation des Busch: daß derselbe durch Cession vom 8. Juni 1869 die am 1. Juli und 1. Oktober 1869, 1. Januar und 1. April 1870 von der Verklagten an Marx zu zahlenden Miethforderungen von je 250 Thlrn. von Letzterem gegen Zahlung des Cessionspreises übernommen hatte, — bei Empfangnahme der Miethe pro 1. April bis 1. Juli 1870 daher kein indebitum erhielt, da die verklagte Firma Gebrüder Dieterich auf Grund der Cession im Auftrage des Marx zahlte und diesen auch dem Busch gegenüber liberirte; daß daher Verklagte nicht von dem Adcitaten Busch, sondern höchstens von Marx die an den Kläger gezahlte Summe zurückzufordern berechtigt erscheint, gegen Letzteren jedoch keinen Antrag genommen hat;

Den Kostenpunkt anlangend, daß nach Lage der Sache die Adcitation des Marx hinreichend veranlaßt war, daher auch diese Kosten dem Hauptverklagten zur Last fallen.

Die verklagte Handlung hat rechtzeitig den Cassationsrekurs eingelegt, und

1) Verletzung des Art. 141 der B. Pr.-Ordn. durch unterlassene Anwendung behauptet. Es wird ausgeführt, daß nach jenem Artikel das Urtheil die Entscheidungsgründe enthalten solle. Diese Vorschrift sei eine wesentliche und dahin zu verstehen, daß der Richter nicht allein überhaupt sein Urtheil zu motiviren habe, sondern daß er sich über jedes der vorgebrachten Hauptangriffs- und Vertheidigungsmittel auszusprechen verpflichtet sei. Dieser Verpflichtung sei in dem angegriffenen Urtheile insofern nicht genügt, als die Einrede der Verklagten, daß der Kläger den Miethvertrag der Verklagten anerkannt habe und in denselben eingetreten sei, mithin alle Bestimmungen desselben gegen sich gelten lassen müsse, und die demgemäß geleistete Pränumerando-Zahlung für das 2. Quartal nicht anfechten könne, mit Stillschweigen übergangen habe. Das angegriffene Urtheil beschränke sich auf die Ausführung, daß der Hypothekarschuldner als solcher, nicht berechtigt sei, die verpfändete Liegenschaft zum Nachtheil des Hypothekargläubigers, bezüglich des Adjudikators durch Dispositionen der vorliegenden Art zu belasten. Wäre dies auch zuzugeben, so würde damit wohl vereinbar sein, daß der extrahirende Gläubiger die Aufrechthaltung eines Miethsvertrages zu den Steigbedingungen dem Adjudikatar zur Pflicht mache und Letzterer hierdurch gebunden werde.

2) Verletzung der Art. 547, 584, 586, 1614, 2114, 2118 Nro. 1 des B. G.-B., der §§. 5, 6 und 8 der Rhein. Subhastations-Ordnung vom

Digitized by Google

1. August 1822 durch falsche Anwendung; der Art. 1122, 1134, 1135, 1338, 1689, 1690, 1728 Nro. 2 des B. G.-B. durch falsche, bezüglich unterlassene Anwendung.

Es wird ausgeführt, der Hypothekenschuldner sei so lange, als das Grundstück noch nicht dem Subhastationsverfahren unterworfen worden, zu allen Dispositionen befugt, welche zu einer ordentlichen Verwaltung gehören, insbesondere dürfe er verpachten und vermiethen, auch Pränumerando-Zahlungen stipuliren, zumal, wenn dies, wie hier der Fall, ortsüblich sei. Vorliegend habe auch der Hypothekargläubiger selbst dem Adjudikatar in den Kaufbedingungen die Innehaltung der Miethverträge zur Pflicht gemacht und Letzterer selbst die Bestimmung hinsichtlich der Pränumerando-Zahlung zur Anwendung gebracht. Die von der Cassationsklägerin vertragsmäßig an den Cessionar geleistete Zahlung müsse daher anerkannt werden.

Auf diese die Hauptklage betreffenden Cassationsmittel ist Seitens des Cassationsverklagten Beilschmidt erwidert:

ad 1) Das angegriffene Urtheil habe den Einwand der Verklagten, daß Kläger nach den Kaufbedingungen den Miethsvertrag vom 1. April 1869 anerkennen müsse, erwähnt. Dasselbe habe ferner auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen und in dem des Klägers sei geltend gemacht, daß Letzterer zwar vom Tage des Zuschlags ab in das Miethsrecht eingetreten, daß aber in den Kaufbedingungen nicht stipulirt sei, der Ansteigerer müsse die Voraus-bezahlungen respectiren. Wenn nun das angegriffene Urtheil ausführe, daß nach der Natur des Hypothekenrechts die Klage begründet sei, so werde damit die Behauptung der Verklagten verworfen und festgestellt, daß die Anerkennung des Miethsvertrags Seitens des Klägers sich nur auf die Zeit vom Tage des Zuschlags ab beziehe und eine Verletzung des Art. 141 l. c. liege daher nicht vor;

ad 2) wird bestritten, daß in Düsseldorf Pränumerando-Miethzahlungen ortsüblich seien. (cf. Bessel Miethsrecht.) Es komme aber hierauf überhaupt nicht an, da das Gesetz dem Hypothekenschuldner nicht gestatte, die erst in der Zukunft erfallenden Früchte dem Hypothekengläubiger zu entziehen. Vorliegend habe der Kläger auch nur die zu Recht bestehenden Miethverträge anerkannt, mithin nur soweit sie zu Recht bestehen, was hinsichtlich der Vorausbezahlung nicht der Fall sei.

Gegenüber dem Adcitaten behauptet sodann die Cassationsklägerin:

3) Verletzung der Art. 547, 584, 586, 1235, 1239, 1599, 1614, 2118, Nro. 1 des B. G.-B., sowie der §§. 5, 6 und 8 der Rheinischen Subhastations-Ordnung durch Nichtanwendung.

Es wird ausgeführt, die Annahme des angegriffenen Urtheils, der Adcitat Busch habe als Cessionar kein indebitum von der Cassationsklägerin empfangen, sei unvereinbar mit der Annahme des Urtheils in der Hauptsache, daß Marx über die nach der Beschlagnahme fälligen Miethen nicht habe disponiren können, da hiernach die Cession unwirksam sei und der Miether dem Cessionar eine Nichtschuld bezahlt habe. Der Cessionar vertrete nur den Cedenten und was Letzterem gegenüber ein indebitum sei, sei es auch für Jenen. Wenn also das angegriffene Urtheil erkläre, die verklagte Handlung hätte sich durch Opposition gegen die von Busch angedrohte Pfändung vertheidigen können, dann könne es nicht ohne Inkonsequenz annehmen, die Verklagte habe kein indebitum an Busch bezahlt. Die als verletzt bezeichneten Gesetze ergäben die fehlende Dispositionsbefugniß des Subhastaten Marx für die Zeit vom 25. April 1870 ab; er habe also eine

Digitized by Google

fremde Sache verkauft — Art. 1599 l. c. — und der Cessionar könne sich nach Art. 1693 ibid. nur an den Cedenten halten, nicht an den debitor cessus; das Rückforderungsrecht des Letztern sei nach Art. 1235 u. 1239 ibid. um so begründeter, als er in dem Irrthum gewesen und mit gutem Glauben haben sein können, der Cessionar sei der Empfangsberechtigte.

Für den Cassationsverklagten Busch wird erwidert, die Entscheidung des angegriffenen Urtheils beruhe darauf, daß die Cassationsklägerin im Auftrage des Marx gezahlt habe; sei dies richtig, so könne sie sich, wenn sie einen Anspruch auf Erstattung habe, nur an Marx wenden. Der Abcitat Busch habe nur erhalten, was ihm gebühre, und sei nicht bereichert, da er an Marx Cessions-Valuta gezahlt. Der Grundsatz, daß der in der Cession liegende Auftrag nur in so weit wirke, als der Auftragende zum Auftrag legitimirt sei, finde keine Anwendung, weil Marx am 18. Juni 1869 zur Cession legitimirt gewesen sei. Der Cessionar trete nur in soweit an die Stelle des Cedenten, als er sich Einwendungen gefallen lassen müsse, welche der cedirten Forderung aus der Person des Cedenten entgegenstehen. Zahle der debitor cessus ohne Einwand, so könne er sich wegen Rückerstattung nur an den Cedenten halten. Der deskallsige Anspruch beruhe vorliegend darauf, daß Marx der Cassationsklägerin seit dem 25. April 1870 nicht mehr den Miethgenuß gewährt habe; hierfür sei Marx garantiepflichtig, eine condictio gegen Busch aber nicht begründet, da dieser das Miethobjekt nicht zu gewähren habe.

Für die Cassationsklägerin wird beantragt:

> das angegriffene Urtheil in der Hauptsache wie in der Abcitation zu cassiren, und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurückzuweisen.

Für die Cassationsverklagten Beilschmidt und Busch wird beantragt, den Cassationsrekurs als unbegründet zu verwerfen und der Cassationsklägerin die Kosten zur Last zu legen.

Urtheil:

In E., daß nach Art. 141 der B. Pr.-Ordn. jedes Urtheil die Entscheidungsgründe enthalten muß und daß diese Vorschrift auch ohne ausdrückliche Androhung der Nichtigkeit als eine wesentliche, die Legalität des Urtheils bedingende, zu betrachten ist;

Daß dieser Vorschrift des Gesetzes auch nicht dadurch genügt wird, daß das Urtheil überhaupt Entscheidungsgründe enthält, — daß es zu dem Ende vielmehr der Angabe der Gründe bedarf, aus welchen die verschiedenen, der Klage oder der Vertheidigung zu Grunde gelegten Behauptungen und Einreden berücksichtigt oder nicht berücksichtigt worden sind;

Daß vorliegend der klägerischen Forderung zunächst die Einrede entgegengesetzt worden ist, daß der eingeklagte Miethszins für die Zeit vom 25. April bis 1. Juli 1870 nach dem mit sicherem Datum versehenen Miethvertrage vom 1. April 1869 praenumerando am 1. April 1870 habe gezahlt werden müssen und am 7. April ejusdem wirklich gezahlt worden sei, Kläger aber nach den Licitationsbedingungen jenen Miethsvertrag anerkannt habe, und demgemäß auch die betreffende Bestimmung desselben, bezüglich der Vorausbezahlung, gegen sich gelten lassen müsse;

Daß das angegriffene Urtheil keine Erwähnung von dieser, das Vertragsverhältniß der Parteien betreffenden Einrede gethan, sich vielmehr auf die allgemeine Ausführung beschränkt hat, daß nach den Bestimmungen des

Digitized by Google

Gesetzes der Adjudikatar zur Anerkennung von Pränumerando-Miethzahlungen in keiner Weise verbunden sei, mithin ohne Angabe von Gründen obige, auf das Vertragsverhältniß der Parteien gegründete Einrede der Anerkennung jener Pränumerando-Zahlungen unberücksichtigt gelassen hat;

Daß das angegriffene Urtheil sonach der Vernichtung unterliegt;

Daß auch in Beziehung auf das zweite Cassationsmittel eine Gesetzesverletzung als vorhanden anerkannt werden muß, da das angegriffene Urtheil die Unwirksamkeit der geschehenen Zahlung des Miethzinses gegenüber dem Adjudikatar unbedingt ausgesprochen hat, ohne die thatsächlichen Verhältnisse, welche im vorliegenden Falle für die Gültigkeit der Zahlung auf Grund der dem Hypothekenschuldner zustehenden Verfügungsbefugniß geltend gemacht worden waren, einer Würdigung und Feststellung zu unterziehen;

J. E., auf die Adcitation, daß die für den Fall des Unterliegens in der Hauptklage geforderte Rückerstattung des gezahlten Miethbetrages für die Zeit vom 25. April bis 1. Juli 1870 in dem angegriffenen Urtheile aus dem Grunde abgewiesen worden ist, weil der Adcitat Busch, welcher auf Grund der Cession des Vermiethers Marx vom 8. Juni 1869 jenen Miethbetrag am 7. April 1870 von der Adcitantin empfangen, kein indebitum erhalten habe, da die Adcitantin im Auftrage des Cedenten Marx gezahlt und diesen dem Adcitaten gegenüber liberirt habe, mithin nicht vom Cessionar Busch, sondern höchstens vom Cedenten Marx die gezahlte Summe zurückfordern könne;

Daß diese Annahme nur unter der Voraussetzung als rechtlich zutreffend anerkannt werden könnte, daß der Cedent Marx zur Empfangnahme, bezüglich zur Cession des fraglichen Miethbetrags berechtigt gewesen sei, indem er andernfalls über eine ihm nicht zugehörige, fremde Forderung disponirt haben würde;

Daß nun aber in der Hauptklage angenommen worden ist, daß die nach erfolgter Adjudication erfallenden Miethbeträge, namentlich auch der hier in Rede stehende, unbedingt vom Tage des Zuschlags an von Rechtswegen dem Adjudikatar zustehen und an denselben gezahlt werden müssen;

Daß aus dieser Annahme aber mit Nothwendigkeit folgt, daß dem subhastirten Schuldner Marx der betreffende Miethbetrag nicht mehr zugestanden, die von ihm bewirkte Cession mithin nach dieser Entscheidung eine ihm nicht zugehörende Forderung an die Adcitantin zum Gegenstande gehabt und Letztere durch deren Zahlung an den Cessionar ein indebitum geleistet hat, das angegriffene Urtheil sonach die Bestimmungen der Art. 1285, 1239, 1599 und 1693 des B. G.-B. verletzt hat und der Vernichtung unterliegt;

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civilsenat (Rhein. Senat) das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 4. Februar 1871 sowohl in der Hauptsache wie in der Adcitation und verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des vernichteten; legt den Cassationsverklagten die Kosten dieses Verfahrens zur Last und verordnet die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder; verweist endlich die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Königliche Landgericht zu Elberfeld.

V. Civ.-Senat. Sitzung vom 17. Oktober 1871.
Ref.: H. Geh. Ob.-Tr.-Rath Reichensperger.
Concl.: H. Ob.-St.-A. Oppenhoff.
Advokaten: Bussenius — Busch.

Digitized by Google

Alimentations-Pflicht der Eltern gegen ihre Kinder. — Armen-Verband. — Ersatzanspruch desselben.

Die Verpflichtung der Eltern zur Ernährung, Erziehung und Unterhaltung ihrer Kinder besteht nur in soweit, als sie zur Erhaltung derselben im Stande sind, besteht aber nicht oder nicht mehr, wann und so lange sie der dazu erforderlichen Mittel entbehren. Der Armen-Verband, welcher ein fremdes armes Kind unterstützt hat, kann einen Anspruch auf Ersatz der desfalsigen Auslagen alsdann nicht mit Erfolg gegen die Eltern des Kindes geltend machen, wenn diese während der Zeit der ihrem Kinde geleisteten Unterstützung zur Verpflegung desselben aus eigenen Mitteln unfähig gewesen sind.

Witwe Kircher — Armen Verwaltung zu Coblenz.

Die Armenverwaltung zu Coblenz hat gegen die daselbst wohnende gewerblose Catharina geborene Stommel, Witwe von Johann Kircher bei dem dortigen Königl. Landgerichte durch Vorladung vom 22. October 1869 den Antrag klagbar gestellt:

Die Verklagte kostenfällig zur Zahlung von 119 Thlr. 23 Sgr. 4 Pfg. nebst Zinsen vom Klagtage zu verurtheilen, sodann die Klägerin für berechtigt zu erklären resp. zu ermächtigen, den ihr aus dem Antheil der Verklagten an dem Nachlasse ihres Bruders Joseph Stommel durch das Bürgermeisteramt in Niederbreisig übermittelten Betrag von 10 Thlr. auf ihre obige Forderung in Aufrechnung zu bringen, sowie auch in fernerer Aufrechnung auf dieselbe die aus eben jenem Nachlasse der Verklagten zugefallene und im Besitze der Klägerin befindlichen 3½ % Prioritätsobligation der Bergisch-Märkischen Eisenbahngesellschaft III. Serie Nro. 45435 über 100 Thlr., zu dem, am Tage der Ladung, oder dem des Urtheils geltenden Courswerthe, zu übernehmen, oder aber diese Obligation auf Gefahr und Kosten der Verklagten auf der Börse in Köln öffentlich versteigern zu lassen, den Erlös in Empfang zu nehmen und gegen obige Forderung zur Compensation zu bringen.

Der Vorladung war eine specificirte Berechnung der Auslagen der Armenkasse für das Kind der Witwe Catharina Kircher geborene Stommel vom 22. Dezember 1866 bis 31. August 1869, aufgestellt zu Coblenz den 10. August 1869, und durch den Vorsitzenden der Armenverwaltung unterzeichnet, beigefügt, demgemäß die Armenverwaltung die für den angegebenen Zweck und Zeitraum berechnete Summe ihrerseits an das Waisenhaus von St. Barbara in Coblenz auszahlte. „Laut dieser Rechnung", heißt es in der Klagebegründung, „schuldet Verklagte der Klägerin den eingeklagten Betrag für Auslagen, welche Klägerin für Verpflegung des Kindes der Verklagten vorgelegt hat."

Es heißt in dieser Begründung ferner, daß die Klägerin „aus einer der Verklagten zugefallenen Erbschaft ihres Bruders Joseph Stommel in Brohl 10 Thlr. baar und die in dem Antrage näher bezeichnete Obligation in Händen habe" womit der Schluß verbunden wird, daß „dieselbe

Digitized by Google

berechtigt sei, sich aus diesen Vermögensobjekten in der beantragten Weise bezahlt zu machen."

Die Verklagte ist diesem Klageantrage mit dem Antrage entgegengetreten:

Die durch Akt vom 22. October 1869 erhobene Klage als unbegründet abzuweisen; der Verklagten zu beurkunden, daß sie Widerklage erhebe, auf diese erkennend die Widerverklagte zu verurtheilen: der Wiederklägerin die ihr aus dem Nachlasse ihres Bruders Joseph Stommel anerfallene, im Besitze der Wiederverklagten befindliche 3½ % Prioritätsobligation der Bergisch-Märkischen Eisenbahngesellschaft III. Serie Nro. 45435, über 100 Thlr., nebst den dazu gehörigen, bis zum Tage der Klage nicht erfallenen Zinscoupons herauszugeben oder deren Werth zum höchsten, seit 12. December 1868 bestandenen Course; ferner den Betrag von 10 Thlr. alles mit Zinsen vom Tage der Klage oder des zu erlassenden Urtheils an zu zahlen; der Klägerin und Widerverklagten die Kosten der Haupt- und Widerklage zur Last zu legen.

In den Gründen des vorstehenden Antrags ist angeführt, daß das Kind der Verklagten auf polizeiliche Veranlassung derselben weggenommen und im Waisenhause untergebracht worden, und daß diese Thatsache genügend beweise, daß Verklagte zu der Alimentation des Kindes damals nicht im Stande gewesen, daß die Verklagte mit demjenigen Vermögen, welches sie durch die erwähnte Erbschaft erworben, jedenfalls nur für die Alimentation während der seitdem verflossenen Zeit würde aufzukommen haben, aber auch hierfür nur mit dem Zinsbetrage des Capitals, nicht mit dem Capitalbestande selbst; endlich, daß die Verklagte, wenn sie zu diesem Besitze gelangt sei, ihr Kind selbst ernähren und daß es jedenfalls von späteren Articulationen abhängen werde, ob Jemand in der Folge Alimentationsansprüche gegen sie geltend zu machen habe.

Bei Verhandlung der Sache war für Verklagte noch beantragt: sie subsidiarisch zum Beweise durch Zeugen darüber zuzulassen, daß sie am 22. Dezember 1866 und späterhin nicht in der Lage war, ihr Kind zu alimentiren, da sie in Folge ungenügender Arbeitsaufträge aus ihrer Wohnung ausgewiesen und ihre Effekten zurückbehalten waren.

Das Königl. Landgericht erkannte durch Urtheil vom 24. Januar 1870 dahin:

Verurtheilt das Königl. Landgericht, indem es den von der Verklagten erbotenen Zeugenbeweis für unerheblich erklärt, die Verklagte, an die Klägerin die Summe von 119 Thlr. 23 Sgr 4 Pfg. nebst Zinsen vom Tage der Klage, dem 22. October v. J. zu zahlen; ermächtigt die Klägerin auf diese Summe compensando in Aufrechnung zu bringen, den ihr aus dem Antheil der Verklagten an den Nachlaß ihres Bruders Joseph Stommel durch das Bürgermeisteramt in Niederbreisig übermittelten Betrag von 100 Thlr., sowie ferner die aus demselben Nachlaß ihr übermittelten 3½ % Prioritätsobligation der Bergisch-Märkischen Eisenbahngesellschaft III. Serie, Nro. 45435 über 100 Thlr. zu dem am Tage der Ladung, den 22. October v. J. geltenden Courswerthe, ebenfalls Behufs Aufrechnung zu übernehmen; weiset die erhobene

Digitized by Google

Widerklage ab, und legt der Verklagten sowohl die Kosten der Hauptklage als der Widerklage zur Last.

Die Gründe dieses Urtheils lauten:

J. E., daß der Verpflichtungsgrund, aus welchem Klägerin die Fürsorge für das Kind der Verklagten übernommen, nicht etwa wie unter Verwandten aus einem besonderen Pietätsverhältnisse herzuleiten, oder animo donandi entstanden ist; daß vielmehr Klägerin nur subsidiarisch, durch das Gesetz gezwungen, in der Unterstellung für das hülfsbedürftige Kind eingetreten war, daß die principaliter verpflichtete Verklagte selbst vollständig außer Stande war dasselbe zu alimentiren; daß sobald diese Unterstellung wegfällt, um so eher der Klägerin ein Rückforderungsrecht für die gehabten Auslagen zuerkannt werden muß, als im Art. 3 des ergänzenden Gesetzes über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 21. Mai 1855 ausdrücklich eines Falles Erwähnung geschieht, in welchem der Anspruch auf Erstattung gegen den näher Verpflichteten geltend zu machen ist; daß in diesem Falle die Stellung der Parteien eine gleiche, wie in dem untergebenen Falle ist, indem der Armenverband, welcher bei eingetretener plötzlicher Hülfslosigkeit eines fremden Armen die Fürsorge für denselben zu übernehmen hat, zu dem, durch den Wohnsitz des Armen näher verpflichteten Verbande in demselben Verhältnisse steht, wie der Letztere zu dem privatrechtlich Verpflichteten; daß in dem analogen Falle der Rechtshülfe im Armenrechte ein gleicher Gesichtspunkt sich geltend macht; daß weder ein rechtlicher, noch durch Rücksichten der Billigkeit dictirter Grund für die Richtigkeit der Behauptung der Verklagten gefunden werden kann, die Ersatzpflicht richte sich event. nach der Frage: ob sie als Mutter zur Zeit der eingetretenen Hülfslosigkeit des Kindes unterstützungsfähig war, ohne daß es etwas verschlage, daß sie etwa später zu ausreichenden Geldmitteln gelangt ist; daß es auch, während in facto die wirkliche Hülfsbedürftigkeit des Kindes zu der fraglichen Zeit nicht in Zweifel gezogen worden, einer Kritik der Gerichte nicht unterliegt, ob die auf Grund des Art. 13 des erwähnten Gesetzes gegen die Verklagte im Verwaltungswege getroffenen Maßregeln gerechtfertigt waren oder nicht; daß ebenwenig gegen die Höhe der für das Kind verwendeten mäßigen Beträge ein Einwand sich erheben läßt und die Behauptung der Verklagten, daß unter allen Umständen nicht ihr Capitalvermögen, sondern höchstens dessen Zinsertrag, in Anspruch genommen werden könnte, schon durch die Erwägung sich beseitigt, daß Verklagte ihrem Stande gemäß auf ihrer Hände Arbeit angewiesen ist und selbst im Besitze des fraglichen Capitals, auf diese Arbeit angewiesen bleibt; daß endlich für Verklagte aus der Art und Weise, wie Klägerin in den Besitz der in der Klage näher bezeichneten Actie resp. des Baarbetrages von 10 Thlr. gelangt ist, ein Einwand nicht erhoben ist; daß hiermit auch die Wiederklage ihre Erledigung gefunden."

Gegen das also motivirte Urtheil hat die auch gegenwärtig zum Armenrechte verstattete Verklagte den Cassationsrecurs ergriffen. Derselbe behauptet:

Digitized by Google

Verletzung der Art. 203, 208, 209, 724 und 1375 des B. G.-B. und der Art. 3 und 13 des Ergänzungsgesetzes über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 21. Mai 1855.

Zur Rechtfertigung des Recurses ist des Näheren ausgeführt, daß nach Art. 208 des B. G.-B. die eigene Leistungsfähigkeit des zur Alimentation Verpflichteten die Bedingung sei, unter der er zur Alimentation herangezogen werden könne, und so lange er dieser eigenen Leistungsfähigkeit ermangle, sei er nicht zur Alimentation verpflichtet, und in Folge dessen ein Rückforderungsrecht auf dasjenige, was anderweitig während dieser Zeit zur Alimentation verwendet worden, gegen ihn nicht begründet. Arg. Art. 309 des B. G.-B. Die angestellte Klage würde einzig durch die Thatsache zu begründen sein, daß die Kassationsklägerin bereits während der Zeit, worin ihr Kind der öffentlichen Fürsorge anheimgefallen, die Mittel zur Alimentation gehabt habe. Diese Thatsache sei von dem Landgerichte nicht festgestellt und habe vernünftiger Weise von ihm nicht festgestellt werden können, da die Parteien über die Armuth der Cassationsklägerin während jener Periode bis zu dem eingetretenen Erbfall einig gewesen. Spreche das Landgericht von dem Wegfalle der Unterstellung, daß die Verklagte selbst außer Stande war ihr Kind zu alimentiren, so solle das offenbar nur heißen, daß *seit dem Erbanfalle* die bei der Cassationsklägerin vorausgesetzte Armuth aufgehört habe; der Wegfall *dieser* Unterstellung habe aber nur den Anspruch auf Uebernahme der Alimentation durch die Cassationsklägerin von da an begründen können, nicht ein Rückforderungsrecht in Betracht des Geleisteten.

Es wird sodann die Unstatthaftigkeit der Bezugnahme des Landgerichts auf Art. 3 des Gesetzes vom 21. Mai 1855 für den vorliegenden Fall nachzuweisen gesucht, unter Aufstellung des Satzes, daß die an sich subsidiäre Verpflichtung der klagenden Armenanstalt durch die Vermögenslosigkeit der verklagten Hauptverpflichteten zur prinzipalen geworden sei. Der Art. 13 des Gesetzes vom 21. Mai 1855 würde durch falsche Anwendung verletzt sein, wenn das landgerichtliche Urtheil dahin zu verstehen sein sollte, daß die Gerichte die Rückforderungsklage jetzt ohne selbstständige Prüfung zuzusprechen hätten, weil die gewahrte Armenfürsorge auf Maßregeln der Verwaltungsbehörden beruhe. Es ist schließlich auf Zachariä Handbuch des Französischen Civilrechts III. Bd., §. 522 und auf das Präjudiz des Königl. Obertribunals Nro. 2375 I. Civilsenat vom 26. April 1852, in Sachen der Strafanstalt zu Coronowo gegen Dreczko hingewiesen und beantragt:

Das angefochtene Urtheil zu cassiren, der Cassationsverklagten die Kosten zur Last zu legen, deren Distraction zu Gunsten des Anwalts Merke zu verordnen, auf dessen Versicherung, keine Vorlagen erhalten zu haben, sodann zur Sache selbst die Hauptklage abzuweisen und die Widerklage zuzusprechen, Alles unter Verfälligung der Cassationsverklagten in die Kosten.

Für die Cassationsverklagte ist beantragt:

Den Cassationsrecurs gegen das angefochtene Urtheil als unbegründet zu verwerfen und der Cassationsklägerin die Kosten des Verfahrens zur Last zu legen;

und zur Rechtfertigung dieses Antrags geltend gemacht:

Das Landgericht habe die Erhebung des von der Witwe Kircher subsidiarisch erbotenen Beweises nicht für erforderlich gehalten

Digitized by Google

weil mit Rücksicht auf die eingetretene Verbesserung der Vermögensverhältnisse derselben und die nicht animo donandi geschehene Aufwendung der Armenverwaltung die Erstattung unter allen Umständen gefordert werden könne. Gegenüber den desfallsigen Argumentationen der Cassationsklägerin, die durch eine Erörterung der Art.: 203, 205, 207 und 210 des B. G.-B. und der Verbindung dieser Artikel unter einander, zu widerlegen gesucht worden, sei nicht erfindlich, weshalb der Dritte welcher ohne animo donandi die Erziehung eines Kindes besorgt habe, nicht ohne alle Rücksicht von den früher mittellosen, aber hinterher zu Vermögen gelangten Eltern, Erstattung solle verlangen können. Der Art. 203 des B. G.-B. mache die Erfüllung jener Erziehungspflicht der Eltern nicht von dem Vermögen der Eltern abhängig. Die Mittellosigkeit der Eltern könne der Erfüllung der für sie gesetzlich als absolut hingestellten Verpflichtung nur factisch, nicht rechtlich im Wege stehen, und habe das hier bloß factisch bestandene Hinderniß bei Beurtheilung der Klagebegründung daher gar nicht in Betracht kommen können. Für die Verpflichtung der Eltern, die hier fraglichen Erziehungskosten zu bestreiten resp. zu ersetzen, sei der Art. 203 des B. G.-B. maßgebend.

Event.: würde die Sache an ein anderes Landgericht zu verweisen sein. Die mit der Klage zugestellte Rechnung mache ersichtlich, daß die Verwendungen der Armenverwaltung theilweise für einen Zeitraum stattgefunden, in welchem der Cassationsklägerin die Erbschaft ihres Bruders bereits anerfallen. Denn der Erblasser müsse vor dem 13. October 1868 gestorben sein, da das Uebersendungsschreiben des Bürgermeisters von Niederbreisach von diesem Tage datire, die Verwendungen dagegen bis zum 31. August 1869 erfolgt seien. Behufs Entscheidung in der Sache selbst würde daher immer erst eine Erörterung über den Zeitpunkt des Todes des Erblassers und eine Theilung der Rechnungsposten stattfinden müssen.

Urtheil:

J. E., daß die im Art. 203 des B. G.-B. festgestellte Verpflichtung der Eltern, ihre Kinder zu ernähren, zu unterhalten und zu erziehen, nicht als eine unter allen Umständen bestehende und fortdauernde anzusehen ist, sondern daß sie, nach Maßgabe der ferneren Bestimmungen im §. 208 und 209 des B. G.-B. für die Eltern jedesmal nur insoweit besteht, als diese zu deren Erfüllung im Stande sind, also für dieselben nicht besteht oder nicht mehr besteht, wenn und so lange sie die dazu erforderlichen Mittel ihrerseits entbehren;

Daß die Eltern eben deßwegen aber auch zur Erstattung von Auslagen, die ein Dritter zur Verpflegung ihrer Kinder bestritten hat, diesem Dritten gegenüber dann nicht rechtlich verpflichtet sein können, wenn sie während des Zeitraums, für welchen die Erstattung beansprucht wird, diese Verpflichtung selbst zu übernehmen sich in der thätsächlichen Unmöglichkeit befanden;

Das in dem Wesen dieser Verpflichtung der Eltern zur Verpflegung ihrer Kinder und eintretenden Falls zur Erstattung der desfallsigen Auslagen an einen Dritten, als an einer durch die Leistungsfähigkeit der

Digitized by Google

Eltern während des betreffenden Zeitraums fortdauernd bedingten Verpflichtung, durch die Bestimmung des Art. 3 des Gesetzes vom 21. Mai 1855 nichts geändert ist, da auch nach dieser Bestimmung der Anspruch des Armenverbandes, welcher die verläufige Unterstützung eines fremden Armen, also auch eines fremden armen Kindes, übernommen hat, sofern dieser Anspruch gegen die Eltern des Kindes gerichtet würde, dann nicht mit Erfolg gegen dieselben würde geltend gemacht werden können, wenn sie während der Zeit der ihrem Kinde von dem bezeichneten Armenverbande geleisteten Unterstützung zur Verpflegung des Kindes aus eigenen Mitteln erwiesenermaßen unfähig gewesen wären;

Daß in dem gegenwärtigen Falle die Witwe Kircher bestritten hat, daß sie am 22. December 1866 und späterhin in der Lage gewesen sei ihr Kind zu alimentiren;

Daß das Königl. Landgericht, indem es in Folge seiner, von den vorstehenden Erwägungen abweichenden rechtlichen Voraussetzungen, wie geschehen erkannte, ohne festzustellen, daß die Cassationsklägerin während der in Rede stehenden Zeit zur Ernährung des Kindes im Stande gewesen sei, den Art. 3 des Gesetzes vom 21. Mai 1855 und die Art. 203, 208 und 209 des B. G.-B. verletzt hat;

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civilsenat, Rhein. Senat, das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Coblenz vom 24. Januar 1870, verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des vernichteten; und verweist sodann die Sache zur ferneren Verhandlung und Entscheidung vor das Königl. Landgericht zu Bonn.

V. Civil-Senat. Sitzung dom 21. November 1871.

Ref.: Herr Geh. Ober-Tribunals-Rath: Blömer.
Concl.: Herr Geh. Staats-Anwalt: Wever.
Advokaten: Mecke. — Dorn.

Milde Stiftungen. — All. Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823. — Linksrheinischer Theil des Reg.-Bez. Düsseldorf. — Bürgerliche Armen-Verwaltung.

Die Allerh. Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823, wonach allen milden Stiftungen, deren Vermögen noch nicht zu den Central-Armen-Anstalten eingezogen worden, ihre stiftungsmäßige Verwaltung und Verwendung zugesichert wurde, hat auch in dem linksrheinischen Theile des Reg.-Bez. Düsseldorf Geltung.

Diese Cab.-Ordre kann den auf das Gesetz vom 7. Frimaire V. und des arrêté vom 27. Prairial IX. gestützten Ansprüchen einer bürgerlichen Armen-Verwaltung auf Ausantwortung von, im Besitz dritter Personen befindlichen, Armen-Vermögens nur dann mit Erfolg entgegengesetzt werden, wenn feststeht, daß dasselbe eine milde Stiftung darstellt und für dasselbe eine Verwaltung und Verwendung stiftungsgemäß angeordnet ist.

Digitized by Google

Bürgerliche Armen-Verwaltung zu Süchteln — Katholische Kirchenfabrik daselbst.

Gegen die in Band 60 S. 243 abgedruckte Entscheidung des Königl. Appell.-G.-H. vom 20. December 1866 hat die Bürgerliche Armen-Verwaltung den Cassations-Rekurs eingelegt.

Sie behauptet:

1) Verletzung der Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823 durch falsche Anwendung,

sowie Verletzung der Cab.-Ordre vom 10. September 1824, der Art. 3 und 8 des Gesetzes vom 7. Frimaire V., des Art. 2 des arrêté vom 27. Prairial IX., des Präfecturbeschlusses vom 20. Frimaire XII., durch unterlassene Anwendung.

Es wird zunächst ausgeführt, daß die Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823 nicht auf den linksrheinischen Theil des Reg.-Bez. Düsseldorf Anwendung finde, weil in derselben nur die Suspension des Bergischen Decrets von 1809, welches nur für das rechte Rheinufer Geltung gehabt, angeordnet sei. Dieselbe könne also auf die Landestheile, in welchen dieses Decret nicht gegolten habe, nicht maßgebend sein. Es soll sich dieses auch aus der Cab.-Ordre vom 10. September 1824 ergeben, welche eine Ausdehnung der Vorschriften der Cab.-Ordre von 1823 auf die nicht zum Reg.-Bez. Düsseldorf gehörigen Landestheile, in welchen das erwähnte Bergische Decret Geltung gehabt habe, verfüge, aus welcher also hervorgehe, daß die hier in Rede stehende Cab.-Ordre von 1823 lediglich auf dieses Decret und den Geltungsbereich desselben Bezug habe. Mit der Anwendbarkeit dieser Cab.-Ordre falle aber auch der dem klägerischen Anspruche entgegengesetzte Einwand zusammen.

2) Verletzung der Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823 durch falsche, der Art. 3 und 8 des Gesetzes vom 7. Frimaire V., des Art. 2 des arrêté vom 27. Prairial IX., des Präfecturbeschlusses vom 20. Frimaire XII., und des Art. 1315 des B. G.-B., durch unterlassene Anwendung.

In dieser Beziehung wird selbst unter der Voraussetzung der Anwendbarkeit der Cab.-Ordre von 1823, die Entscheidung des Appellhofes als rechtsirrthümlich angegriffen.

Wenn nämlich Klägerin nicht als Fortsetzung der früheren katholischen Armenverwaltung anzusehen sei, so sei sie doch unzweifelhaft eine nach Maßgabe der durch die Cab.-Ordre von 1823 nicht aufgehobenen Intermediärgesetzgebung gesetzlich constituirte Wohlthätigkeits-Commission, welche zur Verwaltung des Armenvermögens und folgeweise zur Reclamirung desselben berechtigt sei. Die Cab.-Ordre von 1823 bestimme nur, daß dem noch nicht zu den Central-Armen-Anstalten eingezogenen Vermögen der milden Stiftungen aller Art, die stiftungsmäßige Verwendung und Verwaltung zugesichert sein solle. Der an sich zur Verwaltung des Armenvermögens legitimirten Klägerin habe also nur die Einrede wirksam entgegengestellt werden können, daß bezüglich der reclamirten Vermögensobjecte besondere Stiftungsanordnungen bestänben, welche sie als nicht zur Verwaltung berufen darstellten; und ferner könne von der Verklagten der Anspruch der Klägerin nur durch den weiteren Nachweis beseitigt werden, daß sie selbst die stiftungsmäßige Verwalterin sei. Nach beiden Richtungen sei ein Beweis nicht erbracht. Außerdem sei in dem Appel-

Digitized by Google

lationsurtheil mit Unrecht angenommen worden, daß die Cab.-Ordre von 1823 alle früheren, auch nicht stiftungsmäßigen Armenverwaltungen habe conserviren wollen.

Beantragt wird:

Das Urtheil des Appell.-G.-H. vom 20. December 1866 zu cassiren, die Rückgabe der Succumbenzgelder zu verordnen, der Cassationsverklagten die Kosten zur Last zu legen, und, in der Sache erkennend, die Berufung gegen das Urtheil erster Instanz zu verwerfen.

Von Seiten der Cassationsverklagten wird

1) rücksichtlich des ersten Cassationsmittels die Richtigkeit der Ansicht des Appellationsurtheils, daß die Cab.-Ordre von 1823 auch auf die linksrheinischen Theile des Reg.-Bez. Düsseldorf Anwendung finde, näher zu begründen gesucht;
2) bezüglich des zweiten Cassationsmittels wird ausgeführt, daß nach der Feststellung in dem angefochtenen Urtheil die Klägerin ihren Anspruch darauf gegründet habe, daß

das Armenvermögen von Süchteln bereits vor Erlaß der Cab.-Ordre von 1823 auf die damals errichtete Central-Armen-Commission übergegangen sei und sie die Fortsetzung derselben bilde. Wenn Klägerin jetzt deducire, daß die Verklagte nur dann zu einem Widerspruche gegen das auf Herausgabe des Vermögens gerichtete Verlangen berechtigt sei, wenn sie nachweise, daß ihr stiftungsmäßig die Verwaltung und Verwendung desselben zustehe, so setze sie sich mit dem Inhalte ihrer Klagebegründung in Widerspruch und nehme zur Begründung ihrer Activlegitimation eine Qualität in Anspruch, welche sie früher nicht aufgestellt habe.

Außerdem sei es zur Legitimation der Klägerin nicht genügend, wenn sie irgend eine nach Maßgabe der Intermediärgesetze eingerichtete Wohlthätigkeitscommission sei. Cassationsverklagte habe ihr nur dann Rede und Antwort zu stehen, wenn sie eine nach Maßgabe des Art. 3 des Gesetzes vom 7. Frimaire V. organisirte Central-Armen-Commission sei. Sobald letzteres nicht der Fall, sei es gleichgültig, ob die Verklagte mit Recht oder Unrecht die fraglichen Vermögensobjecte verwalte und sie könne mit dem Beweise, daß sie sich in der stiftungsmäßigen Verwaltung befinde, nicht belastet werden. Uebrigens gehe das angefochtene Urtheil in facto unwiderlegt davon aus, daß nach der älteren, und soweit die Intermediärgesetzgebung nicht in Betracht komme, noch bestehenden Organisation, die den katholischen Armen gewidmeten Fonds ihrer Bestimmung gemäß von der katholischen Armenverwaltung zu verwalten und zu verwenden seien. Eine andere stiftsmäßige Verwaltung und Verwendung, als die Zweckbestimmung nach dem älteren Gesetze, könne die Cab.-Ordre von 1823 nicht gemeint haben.

Urtheil:

J. E., daß die Cassationsklägerin in ihrer unbestrittenen Eigenschaft als bürgerliche Armenverwaltung der Stadt Süchteln, ebenso berechtigt wie verpflichtet erscheint, das Armenvermögen derselben zu besitzen, zu verwalten und seinem Zwecke gemäß zu verwenden, und daß daraus ihre Berechtigung folgt, dieses Vermögen, wenn es sich im Besitze dritter Personen befindet, zu reclamiren, und auf Herausgabe desselben klagbar zu werden;

Digitized by Google

Daß sie, wie die am 14. Juni 1864 angestellte Klage ergibt, diese ihre Eigenschaft als bürgerliche Armenverwaltung dem gegen die Cassationsverklagte erhobenen Anspruche zum Grunde gelegt hat;

Daß ihre weiteren Anführungen, sie bilde eine Fortsetzung der früher bestandenen Armenverwaltung, und es seien ihr die jetzt streitigen Vermögensobjecte bereits vor dem Jahre 1823 überwiesen worden, nur Momente darstellen, welche zur Begründung des Klageanspruchs dienen sollen, welche aber für die Legitimation der Cassationsklägerin zur Geltendmachung dieses Anspruchs nicht von Bedeutung sind;

Daß also, wenn auch diese Anführungen sich als thatsächlich unbegründet herausstellen, dadurch die Legitimation der Cassationsklägerin nicht alterirt wird, da diese lediglich auf ihrer Eigenschaft als bürgerliche Armenverwaltung beruht;

Daß also die Schlußfolge des angefochtenen Urtheils, welches feststellt, daß die jetzige bürgerliche Armenverwaltung nicht eine Fortsetzung der alten Armenverwaltung darstelle, und aus diesem Grunde die Erstere als nicht qualificirt zur Klage erachtet, als rechtsirrthümlich erscheint;

Daß der hierauf gestützte Angriff des Cassationsrekurses auch nicht als unzulässig bezeichnet werden kann, da nicht die Annahme einer neuen, früher nicht geltend gemachten Qualität der Cassationsklägerin in Frage steht, sondern nur die Verkennung der Bedeutung und Tragweite der Eigenschaft gerügt wird, welche sie ihrer Klage bezüglich ihrer Legitimation zum Grunde gelegt hat;

Daß mithin das angefochtene Urtheil, soweit es die Klage wegen mangelnder Qualification abgewiesen hat, der Vernichtung unterliegt;

J. E., daß das gedachte Urtheil aber auch den von der Cassationsklägerin erhobenen Anspruch selbst und die gegen denselben geltend gemachten Einreden der Entscheidung unterzogen hat, und dasselbe auch in dieser Richtung im Wege des Cassationsrekurses angegriffen ist;

Daß in dieser Beziehung in erster Linie geltend gemacht wird, daß die dem klägerischen Anspruche entgegengestellte Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823 aus dem Grunde keine Anwendung finden könne, weil der territoriale Geltungsbereich derselben auf die zum Regierungsbezirke Düsseldorf gehörigen ehemals Bergischen Landestheile beschränkt sei;

Daß indessen dieser Angriff als verfehlt bezeichnet werden muß;

Daß nämlich der Eingang der gedachten Cab.-Ordre, in welchem die Feststellung und Befolgung der nachfolgenden, unter Nummer 1 bis 4 aufgeführten Grundsätze für „den Reg.-Bez. Düsseldorf" genehmigt wird, durch seinen Wortlaut klar und unzweideutig darauf hinweist, daß die in ihr enthaltenen Vorschriften für den ganzen Umfang dieses Bezirks maßgebend sein sollen;

Daß es sich also nur fragen kann: ob aus den weiteren Bestimmungen der Cab.-Ordre, sei es ihrem Inhalte, sei es ihrem Wortlaute nach, eine Beschränkung des Geltungsbereichs derselben auf die früher zum Großherzogthum Berg gehörigen Gebietstheile zu entnehmen ist;

Daß in ersterer Hinsicht die sämmtlichen Vorschriften der gedachten Cab.-Ordre, namentlich die hier in Betracht kommende Bestimmung sub 1, nach welcher dem bis dahin noch nicht zu den Central-Armen-Anstalten eingezogenen Vermögen der milden Stiftungen jeder Art, seine stiftungsmäßige Verwaltung und Verwendung gesichert sein sollte, auf den ganzen Reg.-Bez. Düsseldorf Anwendung finden konnten;

Digitized by Google

Daß nämlich die für den rechts-rheinischen Theil desselben durch das Bergische Decret vom 3. November 1809 für das Gebiet auf dem linken Rheinufer durch die Gesetze vom 16. Vendemiaire, 7. Frimaire und 20. Ventose, Jahr V., sowie des arrêté vom 27. Prairial Jahr IX. angeordnete Ueberweisung des Vermögens der früheren Hospitäler, Armen- und Wohlthätigkeits-Anstalten, an die neugebildeten Central-Armen-Commissionen in beiden gedachten Gebietstheilen, noch nicht überall in Vollziehung gesetzt war, und daher eine Sistirung dieser Maßregel für den ganzen Reg.-Bez. von Bedeutung sein konnte;

Daß durch diese Anordnung sub Nro. 1 der Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823 die eben erwähnten fremdherrlichen Gesetze, soweit es die Ausantwortung des Vermögens an die Armen-Commissionen betraf, außer Kraft gesetzt wurden, ohne daß es einer ausdrücklichen Aufhebung derselben bedurfte;

J. E., daß die Worte, mit welchen die Bestimmung sub 1 der gedachten Cab.-Ordre eingeleitet wird: „die Ausführung des Bergischen Decrets vom 3. November 1809 bleibt überall, wo sie nicht bereits eingetreten ist, suspendirt", eine ausdrückliche Beschränkung des im Eingange der Cab.-Ordre bezeichneten Geltungsbereichs derselben auf die ehemals Bergischen Landestheile, ihrer Fassung nach nicht enthalten;

Daß auch der Schluß nicht gerechtfertigt erscheint, daß, weil nur die Suspension des Bergischen Decrets erwähnt worden, die auf dem linken Rheinufer bestehende Gesetzgebung in Kraft geblieben sei, weil, wie oben ausgeführt ist, es nach den positiven Bestimmungen des verfügenden Theils der Vorschriften sub Nro. 1, einer ausdrücklichen Aufhebung der letzteren Gesetze nicht bedurfte;

J. E., daß diesem gegenüber auch der Einwand nicht von Gewicht sein kann, daß dann die Erwähnung der Suspension des Bergischen Decrets als überflüssig und bedeutungslos erscheinen würde;

Daß nämlich durch ein, in dem Berichte der Königl. Regierung zu Düsseldorf vom 17. Juli 1823, sowie in einer Verfügung des Cultus-Ministeriums vom 12. Mai 1823 erwähntes und seinem Inhalte nach referirtes Rescript des Ministeriums des Innern und der geistlichen Angelegenheiten vom 11. Mai 1819, die Ausführung des Bergischen Decrets vom 3. November 1809 in den Landgemeinden des rechten Rheinufers, in welchen es noch nicht in Vollzug gesetzt worden, suspendirt war;

Daß dieser Umstand Veranlassung gegeben haben mag, dieser von den Ministerialbehörden ausgegangenen Maßregel eine gesetzliche Sanctionirung zu verleihen, während für die Gebietstheile auf dem linken Rheinufer ein gleicher Anlaß nicht vorlag;

Daß diese Ansicht auch durch die Wortfassung der Nro. 1 der Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823: „die Ausführung des Bergischen Decrets vom 3. November 1809 bleibt suspendirt" ihre Bestätigung findet;

J. E., daß diese aus dem Wortlaute und dem Inhalte der Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823 hergeleitete Interpretation derselben, in Bezug auf ihren Geltungsbereich auch durch die erkennbare Absicht des Gesetzgebers und den Zweck des Gesetzes unterstützt wird;

Daß nämlich die Königl. Reg. zu Düsseldorf für den links-rheinischen Theil ihres Bezirks auf Grund des Gesetzes vom 7. März 1822 über das Schuldenwesen der Gemeinden durch Verfügung vom 22. Februar

Digitized by Google

1823 die Einziehung des sämmtlichen Armenvermögens zu den bürgerlichen Wohlthätigkeits-Anstalten angeordnet hatte;

Daß diese Anordnung in Folge mehrfacher Beschwerden der Kirchengemeinden von den betreffenden Ministerien nicht gebilligt und ihre Ausführung sistirt wurde; (cf. Verfügung des Cultusministeriums vom 22. Mai 1823.)

Daß also gerade für die auf dem linken Rheinufer belegenen Landestheile des Reg.-Bez. Düsseldorf eine besondere Veranlassung vorlag, dem schwankenden Zustande in der Behandlung des Armenvermögens ein Ende zu machen und die Verhältnisse in gleicher Weise, wie für die früher Bergischen Bezirke, bis zur Erlassung eines allgemeinen Gesetzes zu fixiren;

Daß auch, wie in dem angefochtenen Urtheile näher ausgeführt ist, diese Ansicht von den Verwaltungsbehörden getheilt und die Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823, als für den ganzen Reg.-Bez. maßgebend, anerkannt worden ist, wie denn auch nicht angenommen werden kann, daß es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen habe, bei dem Vorhandensein gleicher Verhältnisse eine verschiedene Regulirung derselben für einzelne Theile desselben Reg.-Bez. eintreten zu lassen;

J. E., daß auch das Gegentheil aus der von der Cassationsklägerin angerufenen Cab.-Ordre vom 10. September 1824 nicht zu entnehmen ist;

Daß, wenn dieselbe bestimmt, daß die wegen Suspension des Bergischen Decrets vom 8. November 1809 in Ansehung der, einem wohlthätigen Zwecke gewidmeten Fonds für den Reg.-Bez. erlassene Ordre vom 21. Mai 1823 auf alle ehemals Bergischen Landestheile Anwendung finden solle, hieraus noch nicht hervorgeht, daß diese Cab.-Ordre innerhalb dieses Reg.-Bez. sich auf das ehemals Bergische Gebiet beschränke und in dem Rescripte vom 6. October 1824, durch welches die Cab.-Ordre vom 10. September 1824 den betreffenden Regierungen mitgetheilt wird, die Grundsätze der Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823 als solche bezeichnet werden, nach welchen „im Düsseldorfer Regierungs-Departement" ohne Zusatz einer Beschränkung verfahren werden solle;

Daß hiernach die Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823 auch im linksrheinischen Theile des Reg.-Bez. Düsseldorf Geltung hat, und dieselbe weder durch falsche, noch auch das Gesetz vom 7. Frimaire V. und das arrêté vom 27. Prairial IX. durch unterlassene Anwendung verletzt ist;

J. E., daß die Cassationsklägerin aber ferner noch eine Verletzung der Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823 durch falsche Anwendung rügt, da nicht feststehe, daß das in Streit befangene Vermögen eine milde Stiftung, für welche eine stiftungsmäßige Verwaltung und Verwendung angeordnet sei, darstelle und nur unter dieser Voraussetzung die gedachte Cab.-Ordre Anwendung finden könne;

Daß die Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823 in Nro. 1 bestimmt, daß allen milden Stiftungen, deren Vermögen noch nicht zu den Central-Armen-Anstalten eingezogen sei, ihre stiftungsmäßige Verwaltung und Verwendung gesichert werde;

Daß hiernach die gedachte Cab.-Ordre den auf die mehrerwähnten fremdherrlichen Gesetze gestützten Ansprüchen der Armen-Anstalten nur dann mit Erfolg entgegengesetzt werden kann, wenn feststeht, daß das reclamirte Vermögen eine milde Stiftung darstelle, und für dasselbe eine

Digitized by Google

Verwaltung und Verwendung stiftungsmäßig angeordnet sei, da nur eine solche nach den Worten des Gesetzes den Stiftungen gesichert bleiben soll;

Daß diese Frage weder in den bisherigen Verhandlungen in Bezug auf das hier in Rede stehende Vermögen erörtert, noch auch in dem angefochtenen Urtheile eine Feststellung und Entscheidung über dieselbe erfolgt ist, und daß dieses Urtheil daher, indem es die Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823 ohne Feststellung der zu ihrer Anwendung erforderlichen thatsächlichen Voraussetzungen angewendet hat, die gedachte Cab.-Ordre verletzt, und auch aus diesem Grunde der Vernichtung unterliegen muß;

Daß die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung darüber: ob in Ansehung des von der Klägerin in Anspruch genommenen Vermögens jene Voraussetzungen vorliegen und daher auf dasselbe die Nr. 1 der Cab.-Ordre vom 21. Mai 1823 Anwendung finden kann, in die Appellationsinstanz zu verweisen ist;

Daß es bei dieser Lage der Sache hier bei der Entscheidung über den Cassationsrekurs unerörtert bleiben kann, welchen Einfluß die Vorschriften des Gesetzes vom 8. März 1871, betreffend die Ausführung des Bundesgesetzes über den Unterstützungswohnsitz, §. 16 fg., auf den vorliegenden Rechtsstreit haben;

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, 5 Civilsenat (Rheinischer Senat) das Urtheil des rheinischen Appell.-G.-H. zu Köln vom 20. December 1866, verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des vernichteten, und die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder, und legt der Cassationsverklagten die Kosten zur Last; verweist sodann die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an den dritten Senat des Appell.-G.-H. zu Köln.

Sitzung vom 13. Februar 1872.

Ref.: H. G. O.-T.-R. Bierhaus.

Concl.: H. G. St.-A. Wever.

Advokaten: Mecke. — Dorn.

Gewerbe-Betrieb. — Brennerei und Braueri. — Untersagung.

Die Bestimmung der §§. 62 und 63 der Steuer-Ordnung vom 8. Februar 1819, wonach in den dort vorgesehenen Wiederholungsfällen die Untersagung des Rechtes zum Betrieb der Brennerei oder Brauerei entweder auf Zeit oder dauernd eintreten soll, ist durch §. 6 des Einführungs-Gesetzes vom 31. Mai 1870 zum deutschen Strafgesetzbuch nicht aufgehoben worden.

Oeffentl. Ministerium — Heck.

Durch Urtheil der Polizeikammer des Landgerichtes zu Düsseldorf vom 7. November 1871 wurde der Bierbrauereibesitzer Johann Heck zu Bonnenbroich für überführt erklärt: in der Zeit vom 30. Juni bis 19. August 1870 8 Centner 40 Pfund,

Digitized by Google

im Monat September 1870 4 Centner 20 Pfund Malzschrot im ersten Rückfalle,

in der Zeit vom 10. März bis 8 Mai 1871 23 Centner 40 Pfund Malzschrot im wiederholten Rückfalle

ohne vorherige Anmeldung und Besteuerung eingemaischt und an einem nicht declarirten Orte aufbewahrt zu haben, dagegen von einer ferneren Beschuldigung gleicher Art freigesprochen.

Auf Grund der Paragraphen 60, 62, 63, 94 der Steuerordnung vom 8. Februar 1819 und der Cab.-Ordre vom 10. Januar 1824 wurde er

für die ersten beiden Fälle in eine Geldstrafe von 67 Thalern 6 Silbergroschen eventuell Gefängnißstrafe von 14 Tagen,

für den dritten Fall in eine Geldstrafe von 249 Thalern 18 Silbergroschen eventuell Gefängnißstrafe von 50 Tagen,

ferner in eine Ordnungsstrafe von 36 Thalern eventuell Gefängnißstrafe von 8 Tagen und in die Kosten

verurtheilt, sowie auf die Straferhöhung für den ferneren Wiederholungsfall aufmerksam gemacht, während das öffentliche Ministerium eine Geldstrafe von 363 Thalern 20 Silbergroschen und eine Ordnungsstrafe von 41 Thalern 8 Silbergroschen beantragt hatte; dagegen wurde der Antrag, eine dreimonatliche Untersagung des Gewerbebetriebes auszusprechen, mit folgenden Erwägungen abgelehnt:

„daß nämlich die in der Steuergesetzgebung vorgesehene Entziehung des Gewerbebetriebes unzweifelhaft als Strafart im Sinne des Paragraphen 6 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870 anzusehen ist;

Daß der Paragraph 143 der Bundesgewerbeordnung vom 21. Juni 1869 schon als Grundsatz aufstellt, daß die Berechtigung zum Gewerbebetrieb weder durch richterliche noch durch administrative Entscheidung entzogen werden kann, der Absatz 2 ibidem allerdings bezüglich der Steuergesetze, so lange dieselben in Kraft bleiben, eine Ausnahme von diesem Grundsatze statuirt; daß auch der Paragraph 2 des erwähnten Einführungsgesetzes diese Ausnahme fortbestehen läßt; daß aber der Paragraph 6 dieses nicht nur das Strafgesetzbuch, sondern die ganze Materie der Strafgesetzgebung beherrschenden Einführungsgesetzes schon durch seine rigorose Wortfassung „darf nicht mehr erkannt werden", und insbesondere durch seine Stellung hinter dem Paragraph 2 die Ausnahme dieses Paragraphen 2, insoweit sie die Strafart der Entziehung des Gewerbebetriebes implicite aufrecht erhalten hat, modificirt und aufhebt;

Daß um so weniger angenommen werden kann, der Gesetzgeber habe durch die Fassung des Paragraph 2 ungeachtet der nachfolgenden Bestimmung des Paragraph 6 das Fortbestehen der Strafart der Entziehung des Gewerbebetriebes bezüglich der Steuergesetzgebung sichern und von dieser Bestimmung des Paragraph 6 eximiren wollen, als die im alinea 2 des Paragraph 6 statuirten Ausnahmen der Strafarten der Forst- und Gemeindearbeiten auch nur bei den im alinea 2 des Paragraphen 2 vorgesehenen Ausnahmen vorkommen, es also, wenn durch die Fassung des Paragraphen 2 die im Absatz 2 aufgeführten Gesetze, worunter auch die Steuergesetze sich befinden, durch die nachfolgenden Bestimmungen gar nicht hätten berührt werden sollen, der speciellen Ausnahmen des Absatzes 2 des Paragraphen 6 gar nicht bedurft haben würde;

Digitized by Google

Daß daher, da der Gesetzgeber nicht ebenfalls die Gewerbe-Entziehung in den Ausnahmen des Paragraph 6 aufgenommen hat, angenommen werden muß, daß diese unter die allgemeine Bestimmung des alinea 1 des Paragraphen 6 fällt und aufgehoben ist."

Die von dem Ober-Procurator zu Düsseldorf gegen diese Entscheidung eingelegte Berufung wurde durch das Urtheil der Zuchtpolizei-Appellationskammer zu Düsseldorf vom 4. Januar 1872 verworfen, indem lediglich auf die Gründe des ersten Urtheils Bezug genommen wurde.

Gegen diese letztgedachte Entscheidung hat der Königl. Ober-Procurator an demselben Tage den Cassationsrecurs eingelegt und solchen am 7. Januar dem Beschuldigten zustellen lassen, und zwar wird das Erkenntniß lediglich deshalb angefochten, weil nicht nach Vorschrift des Paragraph 62 der Steuerordnung vom 8. Februar 1819 auf Untersagung des Gewerbebetriebes erkannt sei.

In seinem Einsendungsberichte bezieht sich der Ober-Procurator auf die desfallsigen Entscheidungen des Ober-Tribunals vom 23. April und 7. December 1871.

Urtheil:

J. E., daß nach Absatz 2 des Paragraph 2 des Einführungsgesetzes zu dem deutschen Strafgesetzbuche die besonderen Vorschriften der Landesgesetzgebung über strafbare Verletzungen der Steuergesetze, also auch der Steuerordnung vom 8. Februar 1819 in Kraft geblieben sind;

Daß nach den Paragraphen 62 und 63 dieser Steuerordnung in den dort vorgesehenen Fällen die Untersagung des Rechtes zum Betriebe der Brennerei oder Brauerei entweder dauernd oder auf eine bestimmte Zeit eintreten soll;

Daß nun zwar die Bundesgewerbeordnung vom 21. Juni 1869, welche die Regelung des Gewerbebetriebes zum speciellen Gegenstande hat, in Paragraph 143 die Entziehung der Berechtigung zum Gewerbebetriebe für unzulässig erklärt, zugleich aber bestimmt, daß Ausnahmen von diesem Grundsatze, welche durch die Steuergesetze begründet seien, so lange aufrecht erhalten werden sollen, als diese Steuergesetze in Kraft bleiben;

Daß diese Ausnahmebestimmung einestheils durch die besonderen Verhältnisse der bestehenden älteren inländischen Steuergesetzgebung, anderentheils aber dadurch bedingt wurde, daß die Steuergesetze zum Theil auf Vereinbarungen mit anderen Zollvereinsstaaten beruhten, auf welche sich die Gesetzgebungsgewalt des Norddeutschen Bundes nicht erstrecken konnte;

Daß sich mithin die Vorschrift in Absatz 2 des Paragraph 143 der Bundesgewerbeordnung als eine in einem Spezialgesetz enthaltene, auf ganz besonderen Verhältnissen beruhende, auf die Dauer dieser Verhältnisse beschränkte Ausnahmebestimmung darstellt;

J. E., daß einer solchen Ausnahmebestimmung gegenüber der Paragraph 6 des am 31. Mai 1870, also nicht lange nachher erlassenen Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuche, welcher die Entziehung der Berechtigung zum Gewerbebetrieb bei Vergehen gegen die Steuergesetze nicht erwähnt, sich als ein allgemeines Gesetz characterisirt, durch welches die hier in Rede stehende Spezialbestimmung nur dann für aufgehoben erachtet werden könnte, wenn eine dahin zielende Absicht in erkennbarer Weise zum Ausdruck gebracht worden wäre, um so mehr, als die Bundesgewerbeordnung und das Einführungsgesetz vom 31. Mai 1870 in

Digitized by Google

kurzer Aufeinanderfolge von denselben gesetzgebenden Factoren erlassen sind;

Daß solches nicht geschehen, vielmehr aus den Motiven zu dem Strafgesetzbuch die Absicht, den Paragraphen 143 der Bundesgewerbeordnung seinem ganzen Umfange nach neben der allgemeinen Strafgesetzgebung fortbestehen zu lassen, zu entnehmen ist;

Daß nämlich in den amtlichen Motiven zu dem von der fahrlässigen Tödtung handelnden Paragraphen 217 des Entwurfes das im Absatz 1 des Paragraph 143 der Bundesgewerbeordnung aufgestellte Prinzip der Unzulässigkeit der Entziehung der Berechtigung zum Gewerbebetriebe als maßgebend und eine Aenderung des Paragraphen 184 des bisherigen Preußischen Strafgesetzbuches bedingend aufgestellt, daneben aber die hier in Rede stehende Ausnahme bezüglich der Steuergesetze als noch fortbestehend angeführt wird;

Daß diese Auffassung in keinem Stadium der Berathung und Beschlußfassung über das Strafgesetzbuch und das Einführungsgesetz von irgend einer Seite Widerspruch erfahrrn hat und also die Annahme berechtigt erscheint, daß diese in den Regierungsmotiven niedergelegte Ansicht auch von den übrigen Factoren der Gesetzgebung als begründet erachtet ist;

Daß hiernach also der Absatz zwei des Paragraphen 143 der Bundesgewerbeordnung durch die allgemeine Vorschrift des Paragraph 6 des Einführungsgesetzes vom 31. Mai 1870 nicht berührt wird;

Daß demgemäß das angefochtene Urtheil den Paragraph 6 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 31. Mai 1870 durch unrichtige Anwendung, den Paragraphen 143 der Bundesgewerbeordnung und den Paragraphen 62 der Steuerordnung vom 8. Februar 1819 durch Nichtanwendung verletzt hat und deshalb der Vernichtung unterliegen muß;

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, 2. Abtheilung — das Urtheil der Zuchtpolizei-Appellationskammer des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 4. Januar 1872, soweit dasselbe gegen den Cassationsverklagten die Untersagung der Berechtigung zum Gewerbebetriebe als Brauer nicht ausgesprochen hat; verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des vernichteten und legt dem Cassationsverklagten die Kosten zur Last.

Sodann in der Sache selbst an Stelle der Zuchtpolizei-Appellationskammer erkennend;

In E., daß gegen den Cassationsverklagten thatsächlich festgestellt ist, daß er

in der Zeit vom 30. Juni bis 19. August 1870 8 Centner 40 Pfund,
im Monat September 1870 4 Centner 20 Pfund Malzschrot im ersten Rückfalle,
in der Zeit vom 10. März bis 8. Mai 1871 23 Centner 40 Pfund Malzschrot im wiederholten Rückfalle

ohne vorherige Anmeldung und Besteuerung eingemaischt und an einem nicht declarirten Orte aufbewahrt hat,

nach Einsicht des Paragraph 62 der Steuerordnung vom 8. Februar 1819,

und in Erwägung, daß gegen den Beschuldigten bisher eine Verurtheilung zur Untersagung des Gewerbebetriebes noch nicht stattgefunden hat;

Digitized by Google

sowie nach Einsicht des Artikels 194 der Criminal-Prozeßordnung, reformirt das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, das Urtheil der Königl. Zuchtpolizeikammer des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 7. November 1871, untersagt dem Beschuldigten, das Gewerbe als Brauer während eines Zeitraumes von drei Monaten selbst auszuüben, oder durch Andere zu seinem Vortheil ausüben zu lassen; verwirft im Uebrigen die gegen das gedachte Urtheil eingelegte Berufung und legt dem Beschuldigten die Kosten zur Last.

Sitzung des Ob.-Trib. (II. Abthl. für Strafsachen) vom 14. März 1872.

Ref.: H. G. Ob.-Tr.-R. Bierhaus.
Concl.: H. O.-St.-A. Dr. Oppenhoff.

Synallagmatischer Vertrag. — Potestativbedingung.

Der synallagmatische Vertrag, worin eine Partei der andern das Eigenthum an gewissen Immobilien unter Vorbehalt des Nießbrauches überträgt, und worin der Annehmer berechtigt wird, zu jeder Zeit in den Fruchtgenuß zu treten, unter der Verpflichtung, alsdann von dem Augenblicke, wo dieses geschieht, die andere Partei zu alimentiren, enthält eine Potestativbedingung, welche den Vertrag von Anfang an nichtig macht.

von Rheins — Metz u. Cons.

Unter dem 27. April 1859 wurde zwischen der Cassationsklägerin von Rheins und dem Cassationsverklagten Wilhelm Metz, welcher dabei für sich und als gesetzlicher Vertreter seiner damals noch sämmtlich minderjährigen Kinder, der übrigen Cassationsverklagten, zu handeln erklärte, ein im Eingange als Alimenten-Vertrag bezeichneter notarieller Vertrag abgeschlossen, durch welchen die von Rheins dem Metz eine Reihe von Immobilien, werthgeschätzt zu 3400 Thaler, sowie eine Anzahl Mobilien und Moventien, taxirt zu 270 Thaler 15 Silbergroschen, zum vollen und unwiderruflichen Eigenthum Behufs der weiter anzugebenden Alimentirung übertrug. Die Modalitäten dieses Uebertrags wurden näher dahin festgesetzt, daß Metz und dessen Kinder sofort in den rechtlichen Besitz der übertragenen Gegenstände treten, dagegen die Nutznießung derselben der von Rheins bis dahin verbleiben sollte, daß Metz selbst oder auch eins seiner Kinder, oder im Falle seines Ablebens seine großjährigen Kinder den Naturalbesitz des übertragenen Gutes in einem beliebig von ihnen zu bestimmenden Zeitpunkte antreten würden. Derjenige oder diejenigen, welche von dieser Befugniß Gebrauch machten, sollten vom Tage des Antritts des Naturalgenusses des Gutes an verpflichtet sein, die von Rheins in einer näher stipulirten Weise zu alimentiren und mit allen Bedürfnissen zu versehen. Es wurde ferner stipulirt, daß die von Rheins verpflichtet sein sollte, ein von Metz empfangenes Darlehn von 700 Thalern, als dessen Schuldner sie sich bekannte, zu jeder Zeit nach einer zu Gunsten beider Theile festgesetzten sechsmonatlichen Kündigungsfrist zurückzuzahlen und bis dahin mit fünf Procent jährlich zu verzinsen, daß die Ablage und Verzinsung dieses Darlehns jedoch dann aufhören solle, wenn Metz oder dessen rechtmäßige Stellvertreter in den Genuß der übertragenen Gegenstände einträten.

Digitized by Google

Unter dem 31. Januar 1867 erhob die von Rheins, welche bis dahin im Besitze der übertragenen Gegenstände geblieben war, gegen Metz und dessen Kinder Klage zum Königlichen Landgerichte zu Coblenz, deren Petitum auf Vernichtung und Aufhebung des gedachten Uebertrages gerichtet war. Dieselbe wurde unter Andern darauf gegründet, daß der Letztere eine Potestativbedingung auf Seiten der Verklagten in Beziehung auf ihre Verpflichtung zur Alimentation enthalte, so daß es von ihrem Belieben abhänge, nicht allein, wann, sondern auch ob überhaupt jemals diese Verpflichtung beginnen werde, also ein wirkliches und klagbares Recht der Klägerin zur Gegenleistung gar nicht bestehe, daß ebenso die Stipulation in Beziehung auf die Rückzahlung und Verzinsung des Darlehns von 700 Thaler eine unbestimmte, mit der genannten Potestativbedingung zusammenhängende sei, indem die 700 Thaler gezahlt oder nicht gezahlt werden sollten, je nachdem die Verklagten den Zeitpunkt des Beginns ihrer Alimentationsverbindlichkeit bestimmen oder nicht bestimmen würden. Die Verklagten trugen auf Abweisung der Klage an, erklärten sich jedoch zur sofortigen Alimentation der Klägerin bereit und erboten subsidiarisch den Beweis durch Eideszuschiebung, daß Metz Vater sich bereits im Jahre 1865 oder 1866 der Klägerin gegenüber zur Uebernahme der Alimentation bereit erklärt, diese aber die Annahme verweigert habe.

Durch Urtheil vom 16. Juli 1869 erklärte das Königliche Landgericht zu Coblenz den Vertrag für nichtig und aufgehoben, indem es im Wesentlichen erwog, daß derselbe als ein synallagmatischer und oneroser aufzufassen, daß nach dessen Inhalt die einzige Gegenleistung der Verklagten in der Alimentirung der Klägerin und in dem Erlasse der von ihr dem Metz Vater verschuldeten 700 Thaler bestehe, die Erfüllung dieser Gegenleistung aber ganz in die Willkür der Verklagten gestellt sei, indem die bezügliche Verpflichtung von dem ganz in das Belieben der Letzteren gestellten Antritte des Naturalbesitzes abhänge, mithin der Vertrag an einer Potestativbedingung im Sinne des Art. 1174 des B. G.-B. leide.

Auf die Berufung der Verklagten wurde dieses Urtheil durch Erkenntniß des Rh. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 1. Februar 1870 dahin abgeändert, daß die Klägerin mit der Klage abgewiesen wurde. Die Gründe dieses Erkenntnisses lauten:

J. E., daß, wenn auch der Akt vom 27. April 1859 nicht der vorhergegangenen Correspondenz entsprechend, als Schenkung, sondern seinem Wortlaute gemäß als ein zweiseitiger Alimentationsvertrag aufzufassen ist, doch mit dem ersten Richter nicht angenommen werden kann, daß die Gegenleistung der Alimentation derart in die reine Willkür des Appellanten gestellt wäre, daß hierdurch nach Art. 1174 des B. G.-B. die Nichtigkeit des ganzen Vertrages herbeigeführt würde;

Daß nämlich nach dem Vertrage es zwar den Appellanten anheimgegeben ist, wann und ob sie die Alimentation der Appellatin übernehmen wollen, welche bis dahin im eigenen Genusse der übertragenen Vermögensobjekte verbleiben soll; daß jedoch nach einer weitern Vertragsbestimmung die Appellanten ihrerseits nur unter der Bedingung, daß sie die Alimentation übernehmen, in den Besitz und Genuß der übertragenen Objekte treten können, in einem solchen Falle aber eine rein potestative Bedingung im Sinne des Art. 1174 nicht vorliegt, indem dann der Wille des Verpflichteten nicht durch seine, den Begriff jeder Rechtsver-

Digitized by Google

bindlichkeit ausschließende Willkür, sondern durch äußere thatsächliche Verhältnisse bestimmt wird:

Daß demnach die auf Nichtigerklärung des Vertrages gerichtete Klage unbegründet ist, die Frage aber zur Zeit nicht der Entscheidung unterliegt, welche Folgen hinsichtlich des Eigenthumsüberganges in dem Falle eintreten möchten, wenn Seitens der Appellanten die Uebernahme der Alimentation überhaupt nicht während Lebzeiten der Appellatin erfolgen und damit die in dem Vertrage vorgesehene Gegenleistung in Wirklichkeit unterbleiben und also der Alimentationsvertrag als solcher nicht zur Ausführung kommen sollte.

Gegen dieses Urtheil hat die Klägerin den Cassationsrekurs ergriffen und in dem durch den Justizrath Dorn hinterlegten Cassationsgesuche Verletzung der Art. 617, 1170 und 1174 des B. G.-B. behauptet. Es wird ausgeführt: Bei Beurtheilung der Frage, ob eine, die Nichtigkeit des Vertrages herbeiführende Potestativbedingung im Sinne des cit. Art. 1174 vorliege, sei grade die Eventualität in das Auge zu fassen, daß der betreffende Contrahent die in sein Belieben gestellte Herbeiführung der Gegenleistung vermöge der stipulirten Potestativbedingung unterlasse. Im vorliegenden Falle sei nach dem Vertrage das Eigenthum sofort auf die Cassationsverklagten übergegangen, der zu Gunsten der Cassationsklägerin vorbehaltene Nießbrauch habe aber jedenfalls mit ihrem Tode geendigt. (Art. 617 des B. G.-B.). Wenn die Cassationsverklagten daher von ihrer facultas, die Cassationsklägerin bis zu ihrem Lebensende im Nießbrauch zu belassen, Gebrauch machten, so hätten sie ihrerseits das Eigenthum an Mo- und Immobilien ohne irgend welche Gegenleistung erworben und sei somit die Eventualität des Eintretens einer Gegenleistung überhaupt in die reine Willkür der Cassationsverklagten gestellt. An einen solchen Vertrag solle der Contrahent nach dem Gesetze grade nicht gebunden sein, und es sei daher unrichtig, wenn der Appell.-G.-H. diesen Gesichtspunkt deshalb unerörtert lasse, weil diese Frage zur Zeit der Entscheidung nicht unterliege. Sie unterliegt allerdings insofern der Entscheidung, als sofort und unmittelbar nach dem Vertragsabschlusse verlangt werden dürfe, daß die an eine Potestativbedingung geknüpfte Obligation für nichtig erklärt werde, insofern nach Maßgabe des Inhalts der Potestativbedingung die Eventualität eintreten k ö n n e, daß der Verpflichtete in Wirklichkeit Nichts leisten werde.

Auch in der Stipulation hinsichtlich des eventuellen Wegfalles der Verpflichtung zur Ablage und Verzinsung des Darlehns von 700 Thlrn. könne ein von der Willkür der Cassationsverklagten unabhängiges Aequivalent nicht erblickt werden und sei auch vom Appell.-G.-Hof, der diese Stipulation gar nicht zur Erörterung gezogen, nicht gefunden worden. Vielmehr sei auch diese eventuelle Liberation gänzlich in die Willkür der Cassationsverklagten gestellt, da sie nach dem Vertrage berechtigt seien, jederzeit mit sechsmonatlicher Frist das Kapital zu kündigen und einzuziehen, es also ihrerseits nur des Gebrauchs dieser Befugniß vor Antritt des Naturalgenusses der übertragenen Objekte bedürfe, um auch jene eventuelle Liberation der Cassationsklägerin zu vereiteln.

Unklar und jedenfalls unzutreffend sei auch der fernere Erwägungsgrund des Appell.-Ger.-Hofes, daß die Cassationsverklagten nur unter der Bedingung, daß sie die Alimentation übernähmen, in den Besitz und Genuß der übertragenen Objekte treten könnten, eine potestative Bedin-

Digitized by Google

gung nach Art. 1174 aber alsdann nicht vorliege, wenn der Wille des Verpflichteten durch äußere thatsächliche Verhältnisse bestimmt werde. Letzterer werde seinen Entschluß immer nach den ihm gut oder nicht gut dünkenden thatsächlichen Verhältnissen fassen und dies sei grade diejenige Willkür, von welcher die citirten Art. 1170 und 1174 sprächen. Da der Appell.-Ger.-Hof anerkenne, daß die Eventualität, ob die Cassationsverklagten die Alimentation der Cassationsklägerin jemals übernehmen wollten, in deren freie Entschließung gestellt sei, so werde der hiermit gegebene Begriff der Potestativ-Bedingung nicht dadurch ausgeschlossen, daß in dem Falle, wenn sie sich für den Antritt des Genusses entschieden, in Bezug auf die Beschaffenheit und den Umfang des dann eintretenden Aequivalents eine vertragsmäßige Bestimmung getroffen sei.

Für die Cassationsverklagten ist durch Rechtsanwalt Mecke erwidert worden: Eine Potestativbedingung im Sinne des Art. 1174 des B. G.-B. sei nur eine solche, welche die Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung lediglich in das Belieben des Verpflichteten stelle. Es sei die Bedingung: Si voluero, wie aus Pothier Nro. 205, dem der zu weit gefaßte Art. 1174 entlehnt sei, hervorgehe Dies sei auch die Ansicht von Zachariae franz. Civ. R. Bd. 2, §. 302, Aubry et Rau ibid. Anm. 16, Marcadé zu Art. 1174 und eines Urtheils bei Sirey 39. 1. 975. Ob aber eine Bedingung lediglich in die Willkür des Verpflichteten gestellt sei, hänge von den einzelnen Umständen des Falles und der Auslegung des in Frage befangenen Vertrages ab. Im vorliegenden Falle habe der Appell.-G.-H. die Frage mit Rücksicht auf die obwaltenden Umstände verneint und dieses sei eine Annahme thatsächlicher Natur, welche einer Sachprüfung des Cassationsrichters entzogen sei.

Der Appell.-G.-H. habe aber auch den Begriff der Potestativbedingung richtig aufgefaßt. Nachdem er thatsächlich festgestellt, daß die Cassationsverklagten nach dem Vertrage nur unter der Bedingung, daß sie die Alimentation übernähmen, in den Besitz und Genuß des übertragenen Objekts treten könnten, sei der Schluß, daß eine Potestativbedingung nicht vorliege, gerechtfertigt, indem hiernach die Cassationsverklagten, um in den gedachten Besitz zu gelangen, zur Uebernahme der Alimentation gezwungen seien, somit davon, daß diese Uebernahme lediglich in ihre Willkür gestellt sei, nicht die Rede sein könne. Der Cassationsrekurs verwechsle die Willkür in der Geltendmachung eines Rechts mit der Willkür in der Erfüllung einer Verbindlichkeit. Es hänge allerdings von dem Ermessen der Cassationsverklagten ab, in welchem Zeitpunkte sie den Besitz und Genuß des Gutes antreten wollten; dagegen stehe es nicht in ihrer Willkür, zu alimentiren oder nicht, sobald sie in den Genuß getreten seien. Auch beim Vorkaufsrecht, Wiederkaufsrecht, einem durch Kündigung bedingten Recht und in vielen andern Fällen, sei die Ausübung des Rechts potestativ, und doch werde Niemand in derartigen Rechtsverhältnissen eine Potestativbedingung im Sinne des Art. 1174 erkennen. Die Frage, wie sich die Sache gestalte, wenn die Cassationsklägerin sterbe, ohne alimentirt zu sein, ob den Cassationsverklagten auch alsdann das freie Eigenthum der übertragenen Objekte anheimfalle, gehöre nicht in das Gebiet des gegenwärtigen Rechtsstreites, vielmehr handle es sich hier nur von der Frage, ob die Verbindlichkeit, zu alimentiren, schlechthin in die Willkür des Verpflichteten gestellt sei, was der Appell.-G.-Hof in facto verneine. Auch setze die Verbindlichkeit, Jemanden zu

Digitized by Google

alimentiren, voraus, daß er lebe. Deshalb gehöre die Frage, wie sich die Sache gestalte, wenn die Cassationsklägerin sterbe, ohne alimentirt zu sein, nicht in das Gebiet des gegenwärtigen Rechtsstreites. Die Cassationsklägerin gehe übrigens von nicht zutreffenden thatsächlichen Voraussetzungen aus. Selbstverständlich könne sie nicht gezwungen werden, Alimente zu empfangen. Sie sei aber bereits vielfach zur Erfüllung des Vertrages gegen Empfang der Gegenleistung aufgefordert worden und diese Aufforderung decke die Cassationsverklagten unter allen Umständen. Auch stelle der eventuelle Erlaß des Darlehns eine Gegenleistung dar, deren Erfüllung nicht schlechthin in die Willkür der Verpflichteten gestellt sei. Offenbar würden die Cassationsverklagten, wenn sie das Kapital einzögen, den Erben der Cassationsklägerin gegenüber zur Erstattung angehalten werden können. Die in Rede stehende Stipulation könne nur dahin interpretirt werden, daß die 700 Thaler von der Cassationsklägerin nicht zu zahlen seien, wenn die Cassationsverklagten das Gut zu Besitz und Genuß erhielten. Es sei also eine unbedingte Gegenleistung selbst für den Fall stipulirt, daß der Antritt des Gutes durch Verklagte erst nach dem Tode der Cassationsklägerin erfolge. Würden aber die Cassationsverklagten die Alimentation kulposer Weise beim Tode der Cassationsklägerin nicht geleistet haben, so würde deren Erben günstigsten Falls nur die Auflösungsklage wegen Nichterfüllung zustehen, eine Klage, die mit der gegenwärtigen nichts gemein habe.

Der Appell.-G.-H. hätte weiter gehen können, als er gethan. Das Eigenthum sei den Cassationsverklagten definitiv übertragen und der Uebergang nicht von einer Potestativbedingung abhängig gemacht. Nehme man an, es sei ohne Stipulation einer Gegenleistung übertragen, so liege eine vollkommen gültige Schenkung vor.

Für die Cassationsklägerin wird dahin angetragen:

das Urtheil des Rh. Appell.-G.-H. vom ersten Februar 1870 zu cassiren, die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder zu verordnen und den Cassationsverklagten die Kosten des Verfahrens zur Last zu legen;

demnächst in der Sache selbst die Berufung wider das Urtheil des Landgerichts zu Coblenz vom 16. Juni 1869 mit Strafe und Kosten zu verwerfen.

Für die Cassationsverklagten wird auf Verwerfung des Cassationsrekurses und Verurtheilung der Cassationsklägerin in die Kosten angetragen.

Urtheil:

J. E., daß der Rh. Appell.-G.-H. in Ausübung des ihm zustehenden Rechts der Auslegung des notariellen Vertrages vom 27. April 1859 denselben seinem Gesammtinhalte nach als einen onerosen, synallagmatischen bezeichnet und ihm den Character einer Schenkung abgesprochen hat;

Daß aber der gedachte Vertrag, wie auch der Appell.-G.-H. annimmt, zwei von einander zu unterscheidende Stipulationen enthält, erstlich die von ihm als Hauptstipulation bezeichnete, wodurch die Klägerin den Verklagten das Eigenthum an darin benannten Immobilien und Mobilar-Gegenständen, einem Ackergute nebst Inventar, unter Vorbehalt des lebenslänglichen Nießbrauchs, übertrug, zweitens diejenige, wodurch sie den Verklagten das fernere Recht einräumte, zu jeder Zeit auch in den Fruchtgenuß des Gutes zu treten, wogegen die Letzteren die Verpflichtung übernahmen, von dem Augenblicke an, wo dieses geschehen, die Klägerin zu alimentiren;

Digitized by Google

Daß, soviel die letztere Stipulation betrifft, der Appell.-G.-H. mit Recht das Vorliegen einer Potestativbedingung im Sinne des Art. 1174 des B. G.-B. verneint hat, da es sich hierbei von der in das Belieben der Verklagten gestellten Befugniß, durch Antritt des Fruchtgenusses ein Recht auszuüben, handelt, und wenn auch die auf der andern Seite von den Verklagten übernommenen Verpflichtungen nur für den von ihrer Willkür abhängigen Fall der Ausübung jenes Rechts in Wirksamkeit treten, doch in einem solchen Falle der allegirte Artikel keine Anwendung findet, da darin nur von Verpflichtungen, die durch eine hinzugefügte Bedingung in die Willkür des sich Verpflichtenden gestellt sind, die Rede ist;

Daß dagegen der obengedachten Hauptstipulation, gemäß der Auffassung des Appell.-G.-H., die Bedeutung beizulegen ist, daß die Verklagten dadurch sofort das Eigenthum an dem übertragenen Ackergute erwerben sollten und ihrerseits als Gegenleistung nur die obengedachte eventuelle Verpflichtung, die Klägerin zu alimentiren, übernahmen;

Daß der Appell.-G.-H. sich daher die Frage vorlegen mußte, ob hier nicht ein synallagmatischer Vertrag vorliege, durch welchen der eine Contrahent sich unbedingt zu einer Leistung verpflichtete, während die von dem andern übernommene Gegenleistung, Uebernahme der Alimentirung der Klägerin während ihrer Lebenszeit, lediglich in die Willkür desselben gestellt war, da im Falle der Bejahung dieser Frage nach dem citirten Art. 1174 Nichtigkeit des Vertrages von Anfang an eintreten und ein Convalesciren desselben dadurch, daß die Verklagten sich später zur Ausführung der Gegenleistung bereit erklärten, nicht Statt finden würde;

Daß dagegen der Appell.-G.-H., indem er davon ausging, daß für den Fall, wenn die Verklagten die Alimentation der Klägerin vor deren Lebensende wirklich übernähmen, der Vertrag in Betreff der Eigenthumsübertragung unbedenklich seine Wirkung äußern müsse, während die Frage, welche Folgen hinsichtlich dieser Hauptstipulation in dem Falle eintreten möchten, wenn Seitens der Verklagten die Uebernahme der Alimentation überhaupt nicht während der Lebzeit der Klägerin erfolgen und damit die in dem Vertrage vorgesehene Gegenleistung unterbleiben sollte, zur Zeit der Entscheidung nicht unterliege, und indem er demzufolge die auf Vernichtung des Vertrages gerichtete Klage abwies, ohne die Frage nach dem Vorliegen einer Potestativbedingung in Beziehung auf die gedachte Hauptstipulation des ein Ganzes bildenden Vertrages einer erschöpfenden Prüfung zu unterziehen, den allegirten Art. 1174 unrichtig ausgelegt und verletzt hat;

Daß das angegriffene Urtheil daher der Vernichtung unterliegt, es in der Sache selbst jedoch auf eine nähere thatsächliche Würdigung des Vertrages ankommt;

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, 5. Civil-Senat, (Rheinischer Senat) das Urtheil des Rh. Appell.-G.-H. zu Köln vom 1. Februar 1870, verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des vernichteten und die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder.

Oeffentl. Sitzung des Ober-Tribunals, V. Senat, vom 23. April 1872.

Ref.: Geh. Ob.-Tr.-Rath Weyers.
Concl.: H. Ob.-St.-Anw. Oppenhoff.
Advokaten: Dorn — Mecke.

Digitized by Google

Appellabilität. — Verschiedene, theilweise durch decisorischen Eid erledigte, Klageposten.

Die Appellabilität hängt lediglich von der Höhe des Streitobjectes ab und hat die Frage, ob eine Entscheidung mit Erfolg angegriffen werden kann, mit der Frage über die Appellabilität nichts gemein.

Die Beziehung von einem Urtheile, welches über mehrere im Ganzen eine appellable Summe bildende Klageposten erkannt hat, wird daher dadurch nicht unannehmbar, daß die Entscheidung hinsichtlich einzelner Posten auf einem decisorischen Eide beruht und daß die übrigen Posten für sich die appellable Summe nicht mehr erreichen.

Hein — Hirsch und Cons.

Als Repräsentanten der jüdischen Religions-Gesellschaft zu Cochem belangten die jetzigen Cassationsbeklagten den Cassationskläger bei dem Königl. Friedensgerichte zu Cochem auf Zahlung dreier Posten im Gesammtbetrage von 26 Thlr. 27 Sgr., nämlich:

1) 27 Sgr. Gebühren für Segenssprüche.
2) 6 Thlr. Cultuskostenantheil aus den Jahren 1864 bis 1866 und
3) 20 Thlr. dergl. für das Jahr 1867.

Der Verklagte, welcher die Klage als unzulässig, jedenfalls als unbegründet abzuweisen beantragte, wandte ein, daß die Judenschaft in Cochem keine Synagogengemeinde mit Corporationsrechten im Sinne des Gesetzes vom 23. Juli 1847, sonach die von den Klägern Namens derselben angestellte Klage unzulässig sei, und behauptete außerdem, daß er die beiden ersten Posten bezahlt habe.

Durch Urtheil vom 26. Januar 1871 verwarf das Friedensgericht die Einrede der Unzulässigkeit der Klage und beurkundete die an den Verklagten erfolgte Eidesdelation über die behauptete Zahlung der beiden ersten Klageposten.

Den Eid schob der Verklagte an einen der Kläger, Wolf Mayer, zurück und dieser schwur denselben in der zu dem Ende durch ferneren Vorbescheid vom 24. Februar 1871 bestimmten Sitzung vom 17. März 1871 negativ aus, worauf das Friedensgericht durch Urtheil von demselben Tage den Verklagten unter Zurückweisung seiner sämmtlichen Einreden zur Zahlung der eingeklagten 26 Thlr. 27 Sgr. verurtheilte;

Die von dem Beklagten gegen dieses Endurtheil, wie gegen die beiden Vorbescheide vom 26. Januar und 24. Februar 1871 ergriffene Berufung, zu deren Begründung derselbe nunmehr noch geltend machte, daß die Gemeinde ihm verschiedene Rechte in der Synagoge entzogen und ihn sogar förmlich aus solcher ausgeschlossen habe und daß bei Vertheilung der Beiträge zu den Cultuskosten ungerecht und unbillig verfahren worden sei, wurde von dem Königl. Landgerichte zu Koblenz als unstatthaft verworfen und lauten die Gründe des desfallsigen Urtheils vom 3. Juni 1871 wie folgt:

Digitized by Google

J. E., daß der Appellant den ihm in der ersten Instanz von dem Appellaten zugeschobenen und durch Interlocut vom 26. Januar curr. auferlegten Entscheidungseid dem Appellaten Wolf Mayer zurückgeschoben hat;

Daß Wolf Mayer diesen Eid am 17. März curr. ausgeschworen hat, somit derjenige Theil des Endurtheils vom nämlichen Tage, durch welchen Appellant auf Grund jener Eidesleistung zur Zahlung der beiden ersten Klageposten mit 6 Thlr. 27 Sgr. verurtheilt wurde, nach Art. 1357 Nro. 1 B. G.-B. sofort definitiv wurde und gegenwärtig nicht mehr durch Berufung angegriffen werden kann;

Daß nach Wegfall des gedachten Betrags der noch übrig bleibende dritte Klageposten nur 20 Thlr. beträgt, mithin nach §. 1 der Königl. Verordnung vom 7. Juni 1821 eine nicht appellable Summe darstellt;

Gegen dieses Urtheil hat der Verklagte und Appellant den Cassationsrekurs ergriffen und Verletzung der Art. 1350 Nro. 4 und 1357 Nro. 1 des B. G.-B., sowie der Art. 451, 452 und 457 der B. Pr.-O. behauptet, indem nach diesen Gesetzesstellen die Qualification der Entscheidung über die beiden ersten Klageposten als einer definitiven die Appellabilität nicht ausschließe, auch eine solche Unzulässigkeit der Berufung ebenwenig aus der Vergleichsnatur des in Betreff dieser Posten ausgeschworenen Eides folge, vielmehr der Eid nur als ein Beweismittel zu betrachten sei, welches die Einrede der Zahlung beseitige, ohne daß dadurch die Appellabilität hinsichtlich dieser Posten im Uebrigen berührt werde. Sodann seien aber auch der §. 1 der Verordnung vom 7. Juni 1821 und die Art 10 und 11 des Gesetzes vom 16. und 24. August 1790 verletzt, da hiernach die Appellabilität lediglich von der Höhe der eingeklagten Forderung abhänge;

Eine Anwaltsbestellung oder Beantwortung des Recurses Seitens der Cassationsbeklagten ist nicht erfolgt, weshalb das Ober-Tribunal in contumaciam gegen die Cassations-Verklagten erkannte, wie folgt:

J. E., daß die gegen den Cassationskläger erhobene Klage drei Posten zum Gegenstande hat, welche sich zusammen auf die Summe von 26 Thlr. 27 Sgr. belaufen;

Daß in erster Instanz über alle diese Posten erkannt und Cassationskläger durch das Urtheil des Friedensgerichts zu Cochem vom 17. März 1871 zur Zahlung der Gesammtsumme von 26 Thlr. 27 Sgr. verurtheilt worden ist;

Daß der Cassationskläger gegen das Endurtheil vom 17. März 1871 sowie gegen die beiden Vorbescheide vom 26. Januar und 24. Februar desselben Jahres die Berufung mit dem Antrage ergriffen hat, die Klage sei es als unstatthaft, sei es als unbegründet abzuweisen;

Daß demnach sowohl in erster, als auch in zweiter Instanz es sich um ein Streitobjekt handelte, welches nach §. 1 der Allerh. Verordnung über die Competenz der Friedensgerichte in den Rheinprovinzen vom 7. Juni 1821 die appellable Summe überstieg und daher das angefochtene Urtheil, indem es die Berufung des Cassationsklägers als unstatthaft wegen mangelnder appellabler Summe zurückwies, dieses Gesetz verletzt hat;

Daß der Erwägungsgrund des vorigen Richters, wonach die beiden ersten Klageposten im Betrage von 6 Thlr. 27 Sgr. ausscheiden müßten, weil die Entscheidung hierüber, da sie auf der Ausschwörung eines decisorischen Eides beruhe, eine sofort definitive sei, welche mit Berufung

Digitized by Google

nicht mehr angegriffen werden könne, die Entscheidung nicht rechtfertigt, weil die Appellabilität lediglich von der Höhe des Streitobjectes abhängig war und die Frage, ob eine Entscheidung mit Erfolg angegriffen werden könne, mit der Frage über die Appellabilität der Sache nichts gemein hat, vielmehr nur dann von dem Appellationsrichter geprüft werden kann, wenn er mit der Entscheidung der Sache rite befaßt ist, also wenn namentlich ein appellabler Streitgegenstand vorliegt, über welchen in zweiter Instanz zu erkennen das Gesetz ihn ermächtigt;

Daß, da hiernach schon aus dem angeführten Grunde das angefochtene Urtheil der Cassation unterliegt, es einer weiteren Prüfung der Frage nicht bedarf, ob durch dasselbe auch noch andere gesetzliche Bestimmungen verletzt worden sind;

Daß aber in der Sache selbst hier nicht zu entscheiden ist, da die in den Instanzen erhobene Streitfragen erst noch einer näheren Prüfung vor dem Appellationsrichter unterliegen.

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal ꝛc.; verweist die Entscheidung über die Berufung an das Königl. Landgericht zu Trier.

Sitzung vom 18. Juni 1872.

Ref.: Herr Ob.-Tr.-Rath Göbel.

Concl.: Herr Ob.-St.-Anw. Dr. Oppenhoff.

Advokat: Mecke.

Machtüberschreitung. — Prüfung der Passivlegitimation ohne specielle Einrede. — Beamter. — Unmittelbare Haftbarkeit bei Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse.

Es ist keine Machtüberschreitung, wenn der Richter in Folge eines allgemeinen Bestreitens des Grundes des Klageanspruchs auf die Prüfung der, nicht ausdrücklich angeregten, Frage der Passivlegitimation der Beklagten eingeht.

Die Handlungen der Beamten unterliegen den allgemeinen gesetzlichen Regeln über den Vollmachtsvertrag in dem Sinne, daß im Falle der Ueberschreitung der Amtsbefugnisse (Vollmacht) der Beamte Dritten gegenüber persönlich verantwortlich wird und diese Verbindlichkeit nicht ohne weiteres von sich ab und auf die vorgesetzte Behörde wälzen kann.

Stadt Aachen — X.

Der im Laufe des letzten Krieges in der Stadt Aachen als Etappen-Kommandant fungirende Major X. requirirte in dieser Eigenschaft unter'm 11. August 1870 bei der dortigen städtischen Servis-Deputation eine zweispännige Equipage, welche vom folgenden Tage ab täglich am Bahn-

Digitized by Google

hofe am Marschierthore zur Verfügung der Commandantur stehen sollte. Der Oberbürgermeister gab das Requisitionsschreiben an den Königl. Polizei-Präsidenten zur weiteren Veranlassung, worauf der Letztere den Droschkenbesitzer Joseph Roth nach dem bezeichneten Orte bestellte und ihn anwies, sich beim Etappenkommandanten zu melden.

Roth hat Folge geleistet und nach einem Atteste des Etappenkommandanten während ein und fünfzig Tagen die verlangte Equipage gestellt. Der Oberbürgermeister übersendete die Rechnung mit den betreffenden Vorakten an die Königl. Provinzial-Intendantur des 8. Armeekorps zu Koblenz zur Einsicht und mit der Anfrage, ob bei den hervorgehobenen örtlichen Verhältnissen der Etappenkommandant für die Dauer ganzer Tage einen zweispännigen Wagen zur Disposition zu halten berechtigt gewesen und ob für diese Wagenstellung der Stadt aus der Staatskasse eine Vergütung zu gewähren sei. Die Königliche Provinzial-Intendantur übersandte die Angelegenheit zur Erledigung an die Königliche Etappen-Inspection des 7. Armeecorps zu Cöln indem sie dabei bemerkte, daß nach ihrer Ansicht die Etappen-Kommandantur zu Aachen zu Requisition von dergleichen Vorspann nicht berechtigt und eine Vergütung derselben ohne kriegsministerielle Genehmigung nicht angängig sei. Die Königliche Etappen-Inspection des 7. Armeecorps erklärte ihrerseits am 23. October 1870, daß ihr von einer Requisition von einer Droschke für jeden Tag nichts bekannt sei und daß ebensowenig die Genehmigung zu einer so umfangreichen Requisition bei ihr nachgesucht oder ertheilt sei. Es bleibt daher dem Oberbürgermeisteramte überlassen, sich zur Deckung der liquidirten 153 Thaler an die Person des Etappen-Kommandanten zu halten. Das Oberbürgermeister-Amt setzte hiervon den Letzteren in Kenntniß ohne eine Antwort zu erhalten.

Als hierauf der Droschkenbesitzer Roth von der Stadt Aachen im Wege der Klage die Bezahlung der 153 Thaler verlangte, adcitirte sie den Major X. zur Vertretung. Zur Hauptsache suchte sie ihre Zahlungsverbindlichkeit zu bestreiten. Eventualiter aber verlangte sie Schadloshaltung vom Garantieverklagten, weil nach den amtlichen Erklärungen der Provinzial-Intendantur zu Coblenz und der Etappen-Inspection zu Cöln, durch die dem Garantieverklagten vorgesetzten Behörden dessen Requisitionsverfahren mißbilligt und ihr ausdrücklich anheimgegeben sei, sich zur Deckung des liquidirten Betrages an die Person des Requirenten zu halten.

Der Garantiebeklagte suchte nachzuweisen, daß sein Schreiben vom 11. August 1870, wenn es überhaupt etwas Anderes als eine Bitte, welche bewilligt aber auch habe abgelehnt werden können, gewesen sei, eine rein militärische Maßnahme darstelle, über welche die Civilgerichte nicht zu erkennen hätten, außerdem hielt der Garantiebeklagte die Beiladung darum für unbegründet, weil nach dem Gesetze über die Kriegsleistungen vom 11. Mai 1851 vom Tage der Mobilmachung der Armee ab, das Land zu allen Leistungen für Kriegszwecke verpflichtet sei und für die Stellung des Vorspanns und sonstiger Transportmittel, sofern solche nicht zur Fortschaffung von Magazin-Gegenständen benutzt würden, aus der Staatskasse keine Vergütung erfolge, weil sodann ferner die in Rede stehenden Fahrten offenbar in die Kategorie sonstiger Transportmittel fielen, dieselben übrigens auch wegen mancher speciell erörterten lokalen Verhältnisse nothwendig gewesen seien.

Digitized by Google

Die Abcitantin hielt die Erörterung dieser Verhältnisse, da sie in keiner Weise zu Gunsten des Abcitanten entscheidend sein könnten, für unnöthig, die Bedenken gegen die gerichtliche Competenz nicht gerechtfertigt und seine Deduktionen aus dem Kriegsleistungsgesetze und den das Etappenwesen betreffenden Vorschriften für widerlegt durch die amtliche Entscheidung seiner vorgesetzten Behörde.

Das Königl. Landgericht zu Aachen hat durch Urtheil vom 14. Februar 1871 auf die Hauptklage die Stadt Aachen für schuldig erklärt, dem Kläger die beanspruchten 153 Thlr. nebst Zinsen vom Tage der Klage zu bezahlen. Die Abcitation ist für unbegründet erklärt und die Stadt Aachen in die Kosten der Klage und der Abcitation verurtheilt.

Die Gründe dieses Urtheils lauten wie folgt:

J. E., anlangend die Abcitation, daß Abcitat derselben zunächst die Inkompetenz-Einrede aus dem Grunde entgegensetzt, weil nach den unterm 2. Mai 1867 ergangenen Bestimmungen über die Organisation des Etappenwesens zur Kriegszeit und den Anlagen zu diesen Bestimmungen die Gewährung und Genehmigung von Vorspann zu dem Geschäftskreise des Etappenkommandanten gehören und es sich demnach um eine rein militairische Maßnahme handle.

Daß es sich untergebens nicht darum handelt, ob die Stadt verpflichtet war oder nicht, der Requisition des Etappenkommandanten Folge zu geben, sondern vielmehr um die Frage, wer die Stadt für den gestellten Wagen zu entschädigen hat und die Entscheidung dieser Frage zur Competenz der Gerichte gehört;

J. E., sodann zur Sache, daß der Etappenkommandant bei Requisition der fraglichen Fuhre offenbar nur als Vertreter der Königl. Intendantur gehandelt hat, und daß, wie die Stadt Aachen dieserhalb nicht berechtigt war, die Nothwendigkeit oder den Zweck der Gestellung ihrer Prüfung und Beurtheilung zu unterziehen, so auch nur die Königl. Intendantur und nicht die Person des Requirenten es ist, welche der Stadt Aachen für die ihr aus der Requisition entstandenen Kosten einzustehen hat;

Daß dagegen die Frage, ob der Kommandant von der ihm zustehenden Requisitionsbefugniß einen angemessenen oder unangemessenen Gebrauch gemacht hat, lediglich zwischen der betreffenden Behörde und ihrem Untergebenen erörtert werden kann und wenn sich herausstellt, daß der Letztere unnöthige oder überflüssige Requisitionen vorgenommen hat, nur der vorgesetzten Dienstbehörde es zusteht, dafür den Etappenkommandanten auf Ersatz in Anspruch zu nehmen;

Daß demnach die Verklagte nicht die Person des Etappenkommandanten, sondern die betreffende Ressortbehörde hätte abcitiren müssen, und demnach die Abcitation Mangels der erforderlichen Passivlegitimation abzuweisen ist.

Gegen dieses Urtheil hat die Stadt Aachen rechtzeitig den Kassationsrekurs dem Abcitaten gegenüber eingelegt. Derselbe wird auf Machtüberschreitung und auf Verletzung der Art. 1317, 1319, 1320, 1382 1383, und 1998 des Bürgerlichen Gesetzbuches gegründet.

Zur Rechtfertigung wird geltend gemacht:

Der Abcitat habe seine Passivlegitimation nicht bestritten, und nicht eingewendet, daß die Königl. Intendantur resp. der Staat durch sein

Digitized by Google

Requisition vermögensrechtlich verpflichtet worden sei. Er habe seine Vertheidigung in anderen Einwendungen, in der Einrede der Inkompetenz der Gerichte und der Einrede, daß die Stadt gesetzlich überhaupt keinen Anspruch auf Vergütung habe, gesucht. Das Landgericht habe daher seine Machtbefugnisse überschritten, wenn es dem Adcitaten die gar nicht erhobene Einrede der fehlenden Passivlegitimation eigenmächtig suppeditirt habe.

Sodann habe der Garantieanspruch darauf, daß der Adcitat bei Erlaß der Requisition sich außerhalb der Grenzen seiner Vollmacht bewegt habe, nicht aber darauf beruht, daß derselbe sich äußerlich in den Grenzen seiner Vollmacht gehalten und nur von seinen, ihm wirklich zustehenden Befugnissen einen unangemessenen Gebrauch gemacht habe. Könne der Nachweis geführt werden, daß der Adcitat die Grenzen seiner Vollmacht überschritten gehabt habe, so sei der Machtgeber in soweit nicht verpflichtet, da eine nachträgliche Genehmigung vom Adcitaten nicht behauptet, im Gegentheil vielmehr die geschehene Mißbilligung durch die Production der amtlichen Erklärungen der Königl. Provinzial-Intendantur des 8. Armeekorps und der Königlichen Etappen-Inspection des 7. Armeekorps nachgewiesen sei. (Art. 1998, 1317, 1319, 1320 des B. G.-B.) Insoweit der Mandant wegen Ueberschreitung nicht verpflichtet sei, habe sich der Dritte an den Bevollmächtigten allein zu halten, obwohl der Bevollmächtigte in dieser seiner Eigenschaft kontrahirt habe. Es folge dies aus Art. 1998 in Verbindung mit den Art. 1381 und 1382 des B. G.-B. (Zachariä 4. Aufl. §. 415 S. 509.)

Hätte die Stadt Aachen die betreffende Ressortbehörde adcitirt, so würde bei dem vorliegenden Nachweise der Ueberschreitung der Grenzen des Mandates, die Adcitation jener Behörde resp. des Fiskus eine verfehlte gewesen sein, während der Sachlage entsprechend, hier grade der Bevollmächtigte als persönlich verhaftet, in Anspruch zu nehmen gewesen sei und in Anspruch genommen sei.

Für den Adcitaten ist erwidert:

Der Rekurs sei unbegründet. Der Vorwurf der Suppeditirung erledige sich schon durch die Erwägung, daß Kassationsklägerin den Beweis ihrer Behauptung: Adcitat habe die Einrede der fehlenden Passivlegitimation nicht erhoben, schuldig geblieben sei. Dieser Beweis könne nicht schon dadurch erbracht werden, daß die Anträge der Parteien und die Urtheilsqualitäten der fraglichen Einrede nicht ausdrücklich in ihrer technischen Formulirung gedächten. Der Kassationsverklagte habe die Adcitation als unbegründet bestritten und behauptet, daß er die Streitsumme jedenfalls nicht schulde. Die Einrede der fehlenden Passivlegitimation falle offenbar in den Bereich dieser Vertheidigung und könne von einer Suppeditirung derselben um so weniger gesprochen werden, als die Kassationsklägerin nicht dargethan habe, daß bei der mündlichen Verhandlung die Einrede nicht weiter entwickelt und technisch vorgeschützt worden sei.

Es komme hinzu, daß die Einrede der fehlenden Passivlegitimation in Wirklichkeit gar keine Einrede sei.

Dieselbe gründe sich auf die Behauptung, daß zwischen dem Kläger und dem Beklagten kein obligatorisches Verhältniß bestehe. Sie habe wesentlich den Character einer negativen Litiskontestation. Sobald also, wie hier zweifellos geschehen, der Beklagte das Bestehen eines Obligations-

Digitized by Google

Nexus zwischen ihm und dem Kläger bestritten habe, sei der Instanzrichter befugt, die Frage nach der Legitimation mit Rücksicht auf die von den Parteien vorgebrachten Thatumstände zu untersuchen und das Vorhandensein derselben auch in einer Motivirung zu verneinen, welche von derjenigen des Verklagten verschieden sei.

Daß der Verklagte seine Passivlegitimation nicht anerkannt habe, gehe aus seinen Anträgen und deren Motivirnng klar hervor. Er habe wiederholt betont, daß er die Ausgaben in amtlicher Eigenschaft und nicht zu Privatzwecken, veranlaßt habe. Diese Art der Einlassung habe den Instanzrichter nothwendig zur Untersuchung der Frage, ob der Beklagte in amtlicher Eigenschaft gehandelt habe, geführt. Habe anerkannt werden müssen, daß Abcitat die fraglichen Anordnungen in Vertretung einer höheren Behörde getroffen habe, so sei auch der Beweis der fehlenden Passivlegitimation geführt gewesen.

Endlich treffe aber auch unter allen Umständen der Angriff formell nicht zu. Die unzulässige Suppeditirung sei ein Verstoß gegen die Verhandlungsmaxime, einen prozessualischen Grundsatz. Die Verletzung dieses Grundsatzes habe gerügt werden müssen und wenn die bestehenden Gesetze den Grundsatz formell nicht sanktionirten, so liege hierin nur einer der vielen Fälle, in welchen der Fehler eines Instanzrichters mit dem beschränkten Rechtsmittel des Kassationsrekurses wirksam nicht angegriffen werden könne. Machtüberschreitung sei aber nur vorhanden, wenn der Instanzrichter die Befugnisse anderer Behörden übergreife. Die bloße Verletzung einer Prozeßregel könne unter diesen Begriff nicht gebracht werden.

Auch die auf Verletzung der von dem Kassations-Gesuche bezogenen Vorschriften des B.-G.-B. gestützte Rüge sei haltlos. Das Landgericht stelle thatsächlich fest, daß der Cassationsverklagte bei Erlaß der fraglichen Requisition nur als Vertreter der Königl. Intendantur gehandelt habe. Wenn also wirklich, wie Kassationsklägerin meine, die Garantieklage darauf beruht habe, daß der Kassationsverklagte sich bei Erlaß der Requisition außerhalb der Grenzen seines Mandats bewegt habe, so sei dieses Fundament der Klage durch die gedachte thatsächliche Feststellung des Instanzrichters beseitigt und liege für den Kassationsrichter, in Anbetracht, daß die thatsächliche Feststellung prozessualisch unangefochten geblieben sei, der Fall vor, daß der Kassationsverklagte sich äußerlich in den Grenzen seiner Vollmacht gehalten und nur von seinen ihm wirklich zustehenden Befugnissen einen unangemessenen Gebrauch gemacht habe. Dieser Fall gebe aber, wie das Kassationsgesuch erkennen lasse, zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Daß der Instanzrichter dies Verhältniß der Parteien zu einander und der höhern Militairverwaltungs-Behörde so auffasse, folge auch aus der unangefochtenen Erwägung, daß die Stadt Aachen nicht berechtigt gewesen sei, die Nothwendigkeit oder den Zweck der Gestellung ihrer Prüfung und Beurtheilung zu unterziehen. Stehe hiernach die Ueberschreitung der Vollmacht nicht fest, so werde dem erhobenen materiellen Angriffe die Grundlage entzogen. Letztere könne offenbar nicht durch die Behauptung geschaffen werden, daß die Intendantur und Etappen-Inspektion die Gestellung mißbilligt hätten. Denn eine solche Mißbilligung Seitens des Mandanten sei Dritten gegenüber nicht erheblich, wenn der Mandatar in den äußeren Grenzen seiner Vollmacht geblieben sei. Da das

Digitized by Google

Landgericht Letzteres annehme, so könne die Verletzung der Art. 1317, 1319, 1320, 1998 des B. G.-B. nicht vorliegen. Authentische Urkunden habe das Landgericht nicht unbeachtet gelassen. Denn es ziehe die ausgesprochene Mißbilligung gar nicht in Zweifel. Es komme daher auch nicht weiter in Betracht, daß die schriftlichen Erklärungen der erwähnten Behörden nicht unter den Begriff der authentischen Urkunden fielen.

Habe die Kassationsklägerin die Erwägungen des Landgerichts zutreffend angreifen wollen, so hätte sie die Verletzung derjenigen Gesetze behaupten müssen, welche das Mandatsverhältniß zwischen dem Kassationsbeklagten und den höheren Militairverwaltungsbehörden regelten.

Uebrigens ergäben die bezüglichen Vorschriften unbedenklich, daß die streitige Gestellung innerhalb der äußeren Grenzen des dem Verklagten ertheilten amtlichen Mandats sich bewegt habe. Demnach würde die Adcitation der Intendantur als eine erfolglose vom richtigen Rechtsstandpunkte aus nicht zu erachten sein, dieser gegenüber aber der Kassationsverklagte sehr wohl nachweisen können, daß seine Requisition gesetzlich gerechtfertigt gewesen sei.

Es ist beantragt:

Für die Kassationsklägerin:

Das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 14. Februar 1871, soweit dasselbe die Adcitation betrifft, zu cassiren, die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder zu verordnen und dem Kassationsverklagten die Kosten des Verfahrens zur Last zu legen; sodann in der Sache selbst den Adcitaten zu verurtheilen, der Adcitantin die 153 Thaler nebst Zinsen seit dem Tage der Klage (22. November 1870,) zu deren Zahlung sie auf die Hauptklage verurtheilt sei, mit den Kosten jener Hauptklage zu erstatten und ihm auch die Kosten der Adcitation zur Last zu legen.

Für den Kassationsverklagten:

den eingelegten Kassationsrekurs als unbegründet zu verwerfen und der Kassationsklägerin die Kosten zur Last zu legen.

Urtheil.

Soviel die behauptete Machtüberschreitung betrifft:

In E., daß, da der von der Adcitantin erhobene Anspruch von dem Adcitaten bestritten war, das Landgericht den Grund des Anspruchs zu prüfen hatte; daß es zur Begründung des letzteren gehörte, daß der Adcitat derjenige sei, welcher der Adcitantin für die von ihr gestellten Fuhren hafte; daß daher das Landgericht, wenn es sich der Prüfung, ob in dieser Beziehung die Klage begründet sei, selbst ohne besondere Anregung von Seiten des Adcitaten unterzogen hätte, nur eine dem Richteramte zustehende und obliegende Pflicht erfüllt, nicht aber eine Machtüberschreitung begangen haben würde;

Auf das fernere Kassationsmittel:

In E., daß der Anspruch der Adcitantin darauf gestützt war, daß Adcitat, indem er die fraglichen Fuhren requirirt, die ihm als Etappenkommandanten zustehenden Befugnisse überschritten habe, weshalb ihr auch von dessen vorgesetzten Behörde überlassen sei, sich an die Person des Requirenten zu halten; daß das Landgericht diesen Anspruch aus dem Grunde zurückgewiesen hat, weil der Adcitat bei Requirirung der fraglichen Fuhren nur als Vertreter der Königl. Intendantur gehandelt

Digitized by Google

habe und weil, wie die Adcitantin nicht berechtigt gewesen sei, die Nothwendigkeit oder den Zweck der Gestellung der Fuhren ihrer Prüfung zu unterziehen, so auch nur die Königl. Intendantur und nicht die Person des Requirenten es sei, welche der Adcitantin für die entstandenen Kosten einzustehen habe;

J. E. jedoch, daß, wenn die Adcitantin den Requisitionen des Etappenkommandanten ohne eine ihrerseits anzustellende Prüfung Folge zu leisten hatte, hierdurch die Möglichkeit, daß dieser seine Befugniß überschritten habe, nicht ausgeschlossen wird; daß nach den Grundsätzen über den Vollmachtsvertrag, welche in denjenigen Beziehungen, auf welche es hier ankommt, analoge Anwendung finden, insbesondere nach Art. 1998 des B.-G.-B., im Falle der Ueberschreitung der Vollmacht, der Machtgeber dem Dritten, welchem gegenüber der Bevollmächtigte Verpflichtungen eingegangen hat, nur dann haftet, wenn er das Geschehene ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat, wogegen, wie der Art. 1997, in Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Princip der Art. 1382 und 1383 daselbst, als selbstverständlich voraussetzt, der Regel nach der Bevollmächtigte, welcher die Vollmacht überschritten hat, dem Dritten persönlich verantwortlich ist;

Daß daher das Landgericht, indem es, ohne in die Prüfung einzugehen, ob der Adcitat seine Befugnisse überschritten habe, die Klage abwies, die Art. 1998, 1382, 1383 und den Art. 1997 des B. G.-B. verletzt hat;

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civilsenat, (Rheinischer Senat,) das Erkenntniß des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 14. Februar 1871, verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des Vernichteten, befiehlt die Rückgabe der Succumbenzgelder und legt dem Kassationsverklagten die Kosten zur Last;

Verweiset sodann die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Königl. Landgericht zu Köln.

Sitzung des Ober-Tribunals vom 18. Juni 1872.

Ref.: Ob.-Tr.-Rath Weissgerber.

Concl.: Ob.-St.-Anw. Dr. Oppenhof.

Advokaten: Dorn — Mecke.

Zucht-Polizei-Appellkammer. — Besetzung. — Instruktions-Richter. — Mitglied der Rechtskammer — Unbefugte Aufführung dramatischer Stücke.

Die Zuziehung des Instruktions-Richters oder sonst eines Richters, der in der Rathskammer für die Verweisung der Sache an das Zucht-Polizei-Gericht mitgewirkt hat, bei der Verhandlung und Aburtheilung in der Appell-Instanz begründet keine Nichtigkeit des Verfahrens.

Digitized by Google

Der Umstand, daß gewisse dramatische Stücke auf dem Theater einer bestimmten Stadt aufgeführt worden sind, berechtigt einen spätern Direktor dieses Theaters nur dann zu deren Aufführung, wenn er nachweist, daß die Befugniß hierzu durch die früheren Direktoren erworben und auf ihn übertragen, oder daß jene Befugniß durch die Direktoren unter solchen Bedingungen erworben worden ist, daß dieselbe auf ihn, als deren Nachfolger in der Direktion bestimmter Theater von selbst übergegangen sei.

Untersuchungssache — Kullack.

Der Kreis- und Hofgerichts-Director von Hillern zu Freiburg (Baden) hat dem Königl. Preuß. Oberprokurator zu Köln die Anzeige gemacht, daß der Theaterdirektor Franz Kullack zu Köln verschiedene dramatische Werke der verstorbenen dramatischen Schriftstellerin Charlotte Birch-Pfeiffer auf dem Victoria- und dem Thalia-Theater zu Köln unbefugter Weise aufgeführt habe, und gegen denselben für sich und Namens seiner Gattin, Wilhelmine geborene Birch, welche die einzige Erbin der Schriftstellerin Charlotte Birch-Pfeiffer ist, die Einleitung eines Strafverfahrens auf Grund der §§. 54, 55, 18 des Reichs-Gesetzes vom 11. Juni 1870, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken und so weiter, beantragt.

Zur Begründung dieses Antrages hat der von Hillern vorgestellt, daß Kullack zu jenen Aufführungen nicht berechtigt gewesen, da das Recht dazu weder von der Verfasserin noch von deren Erben für die genannten beiden Theater erworben worden sei, das Aufführungsrecht aber stets nur für das betreffende Theater erworben werde, dem es auch bei dem Wechsel der Direktion verbleibe; daß überdieß (worauf es übrigens seit dem 1. Januar 1871 nicht mehr ankomme) die betreffenden Stücke nur mit dem gesetzlichen Vorbehalt des Aufführungsrechtes im Druck erschienen seien.

In einer nachträglichen Eingabe des von Hillern ist noch bemerkt: Kullack bestreite seine Pflicht zu einer Entschädigung der Birch-Pfeiffer'schen Erben unter der unerheblichen Behauptung, daß die fraglichen Stücke von dem Theaterdirektor Mittelhausen in Elbing honorirt worden seien und er dessen Geschäfte übernommen habe, und unter der unwahren Behauptung, daß seine Vorgänger auf dem Thalia-Theater in Köln die Stücke für dieses Theater bereits erworben hätten.

Dem Antrage des von Hillern gemäß ist wider den Theaterdirektor Kullack unter der Beschuldigung, die nachstehenden Werke, nämlich:

1) am 5. Januar 1871, „den Goldbauer,"
2) am 17. Januar 1871, „eine Tochter des Südens,"
3) am 14. März 1871, „den Goldbauer,"
4) am 24. März 1871, „die Grille,"

vorsätzlich vollständig oder mit unwesentlichen Abänderungen unbefugter Weise zu Köln öffentlich aufgeführt zu haben; §§. 27, 35, 18, 50, 54, 55 des Gesetzes vom 11. Juni 1870, eine Untersuchung eingeleitet worden.

Digitized by Google

Kullack hat bei seiner gerichtlichen Vernehmung zugegeben, die fraglichen Theaterstücke an den bezeichneten Tagen auf dem Thalia-Theater zu Köln öffentlich aufgeführt zu haben. Behufs des Nachweises seiner Befugniß hierzu hat er behauptet:

Das Recht zur Aufführung der betreffenden Stücke besitze er für seine Person bereits seit acht Jahren. Er habe vor acht Jahren das Theater zu Elbing übernommen und von dem abgehenden Director Mittelhaus mit dessen ganzer Bibliothek auch die betreffenden drei Theaterstücke übernommen. Das Recht zu deren öffentlicher Aufführung habe Mittelhaus gegen ein Honorar von 15 Thaler pro Stück von dem Birch-Pfeiffer'schen Agenten, Herrmann Michaelsohn zu Berlin, erworben und befinde sich die Quittung des Michaelsohn, wie Solches üblich sei, von dessen Hand auf dem Titelblatt der Bücher. Mittelhaus habe ihm mit der Bibliothek für den Gesammtpreis von 3300 Thalern auch das Recht zur Aufführung der fraglichen Stücke übertragen, wozu Michaelsohn seine schriftliche Genehmigung ertheilt habe. In Folge dessen sei er persönlich berechtigt, die Stücke überall aufzuführen. Unrichtig sei die Ansicht des von Hillern, daß das Aufführungsrecht eines Stückes stets nur für das betreffende Theater erworben werde und es diesem auch bei dem Wechsel der Direktoren verbleibe. Wäre die Ansicht aber richtig, so würde er zur Aufführung der gedachten Stücke um deswillen berechtigt sein, weil sein Vorgänger L'Arronge die Stücke für sich erworben und auf dem Thalia-Theater aufgeführt habe.

Der Agent Michaelsohn, der frühere Theaterdirektor Mittelhaus und der Kreis- und Hofgerichts-Direktor von Hillern sind als Zeugen vernommen worden.

Auf Grund der Ergebnisse der Voruntersuchung vor die Correctionell-Kammer des Königl. Landgerichtes in Köln gestellt, ist Kullack durch Contumacial-Urtheil derselben vom 18. Oktober 1871 der ihm zur Last gelegten Beschuldigung für überführt erklärt und auf Grund der oben allegirten Gesetzesstellen zu einer Entschädigung von 120 Thalern an die Birch-Pfeiffer'schen Erben, außerdem zu einer Geldstrafe von 20 Thalern oder im Falle des Zahlungs-Unvermögens zu einer Gefängnißstrafe von einer Woche und in die Kosten verurtheilt worden.

Gegründet ist diese Entscheidung darauf:

Daß nach der Aussage des Agenten Michaelsohn, dem das Recht, die Erlaubniß zur Aufführung der Birch-Pfeiffer'schen Theaterstücke zu ertheilen, von den Erben übertragen worden, der frühere Theater-Direktor Mittelhausen zu Elbing das Recht zur Aufführung der fraglichen Stücke in Elbing, beziehungsweise auf den zu seiner Concession gehörigen Theatern in Ost- und Westpreußen gegen Zahlung eines Honorars von je 15 Thalern erworben habe; daß, wenn auch Beschuldigter dies Recht als Nachfolger des Mittelhausen von diesem käuflich erworben, die Aufführung doch nur auf denjenigen Theatern, für welche die desfallsige Erlaubniß ertheilt gewesen, habe stattfinden dürfen, zumal das zu zahlende Honorar nach der Größe der Städte bemessen worden sei.

Auf die Berufung des Beschuldigten hat die Correctionelle Appell.-Kammer desselben Landgerichtes durch Urtheil vom 28. Dezember 1871 die den Birch-Pfeiffer'schen Erben zuerkannte Entschädigung auf den

Digitized by Google

Betrag von 80 Thalern ermäßigt, im Uebrigen dagegen das erste Urtheil bestätigt.

Die Entscheidungsgründe, soweit sie hier in Betracht kommen, lauten: „Einverstanden mit der Festsetzung der Thatsachen und deren Beurtheilung durch den ersten Richter; und

J. E., daß nach den Verhandlungen feststeht, daß Beschuldigter und Appellant die in der Beschuldigung bezeichneten dramatischen Werke von Charlotte Birch-Pfeiffer an den dabei bezeichneten Tagen im hiesigen Thalia-Theater öffentlich aufgeführt hat;

Daß hiermit allein schon eine Gesetzesübertretung nachgewiesen ist, falls er nicht seine Berechtigung hierzu oder einen entschuldbaren Irrthum nachweist;

J. E., daß Appellant den Erwerb der fraglichen Berechtigung von den Birch-Pfeiffer'schen Erben nicht einmal behauptet, vielmehr angibt, diese Berechtigung vom Theater-Direktor Mittelhaus zu Elbing erworben zu haben;

Daß ꝛc. Mittelhaus nun zwar das Recht zur Aufführung jener Stücke, jedoch nur für Elbing und Umgegend vom Agenten der Birch-Pfeiffer'schen Erben, dem in Berlin wohnenden Herrmann Michaelsohn übertragen worden war, daraus aber keineswegs das Recht desselben folgt, seinerseits dieses nur ihm persönlich gewährte und örtlich beschränkte Recht einem Dritten überhaupt, resp. gar bezüglich der Aufführung an anderen Orten, in specie zu Köln, zu übertragen;

Daß auch auf die fernere Behauptung und desfallsigen Beweis-Anerbieten des Beschuldigten, daß die fraglichen Stücke bereits in früheren Jahren von anderen Direktoren hier aufgeführt worden seien, selbst wenn jene Directoren eine Berechtigung hierzu besessen haben sollten nichts ankommt, da Appellant nicht einmal behauptet, daß ein Uebertrag auch nur formell Seitens jener Direktoren auf ihn stattgefunden habe;

Daß der Beschuldigte mithin nie ein Recht auf Aufführung der fraglichen Stücke erworben, zu deren Aufführung daher nicht befugt war, er auch keine Umstände vorgebracht, resp. erwiesen hat, welche die Annahme begründen könnten, daß er die fraglichen Aufführungen nur in Folge eines entschuldbaren, sei es thatsächlichen, sei es rechtlichen Irrthumes in gutem Glauben vorgenommen habe, wogegen überdies seine frühere Verurtheilung wegen ähnlichen Vergehens durch Urtheil hiesiger Stelle vom 10. März 1870 spricht;

Daß der Beschuldigte und Appellant somit des ihm zur Last gelegten Vergehens mit Recht für überführt erklärt worden ist."

Zu bemerken ist, daß in Betreff der in den Gründen erwähnten Beweisanträge des Beschuldigten das Audienz-Protocoll Nichts ergibt. Nach Ausweis dieses Protocolles hat der als Zeuge vernommene Theater-Kassirer Friedrich Burrenkopf ausgesagt:

Er sei seit dem Jahre 1858 bei dem Theater in Köln beschäftigt und es sei ihm bekannt, daß die in Frage stehenden Birch-Pfeiffer'schen Stücke seit jener Zeit mehrfach und zwar unter den

Digitized by Google

Direktoren L'Arronge und Ernst aufgeführt worden seien. Ob und unter welchen Bedingungen die genannten Direktoren das Recht der Aufführung der Stücke von den Birch-Pfeiffer'schen Erben erlangt, wisse er nicht.

Gegen das Urtheil der correctionellen Appell.-Kammer hat der Beschuldigte am 30. Dezember 1871 auf dem Sekretariate des Königl. Landgerichtes in Köln den Cassationsrecurs angemeldet und zu dessen Rechtfertigung eine Schrift mit der Quittung über 40 Thaler hinterlegte Succumbenzgelder am 11. Januar 1872 ebendaselbst übergeben.

In derselben wird um Vernichtung des angefochtenen Urtheils gebeten. Zur Begründung dieses Antrages werden folgende Cassationsmittel geltend gemacht:

1) Das Urtheil vom 28. Dezember 1871 ist von einem illegal besetzten Gerichte erlassen, insofern nämlich unter den Richtern, welche zu dessen Erlaß mitgewirkt haben, sich auch der Landgerichtsrath Eschweiler, derselbe, welche auch die Untersuchung gegen den Beschuldigten als Untersuchungsrichter geführt, und welcher auch als Mitglied der Strafrathskammern, welche die Verweisung des Beschuldigten vor das Zuchtpolizeigericht beschloß, fungirt hat, befand. Wenn es auch nach der Criminal-Prozeß-Ordnung nicht reprobirt ist, daß der Untersuchungsrichter Mitglied des Zuchtpolizeigerichtes sein könne und hieraus die Zulässigkeit der Mitwirkung desselben bei Aburtheilung von Straffällen, die demselben schon in seiner gedachten Eigenschaft vorgelegen haben, geschlossen wird, so ist der Fall doch ein ganz anderer bezüglich der Richter, welche die correctionelle Appell-Kammer zu bilden haben. Wenn nämlich auch das Gesetz ebensowenig hier eine ausdrückliche und unter Nichtigkeitsstrafe vorgesehene Ausschließung des Untersuchungsrichters von der Mitgliedschaft bei Aburtheilung von Straffällen, mit denen er bereits vorher als solcher befaßt war, statuirt, so wird solche dennoch als gesetzlich bestehend angesehen werden müssen. Daß in dem code de procedure criminelle nicht ausdrücklich bei der Appellation von zuchtpolizeilichen Urtheilen jenes Punktes gedacht ist, erklärt sich zur Genüge daraus, daß nach dem code de procedure ja überhaupt die Appellation an einem ganz anderen Gerichte verhandelt wurde, wodurch der hier fragliche Collisionsfall von selbst unmöglich oder doch derart fern gerückt würde, daß der Gesetzgeber denselben jedenfalls nicht noch durch eine besondere Bestimmung zu berücksichtigen brauchte. Der §. 27 der jetzt maßgebenden Instruktion vom 19. November 1818 bestimmt dagegen ausdrücklich, daß die über die Appellationen von den zuchtpolizeilichen Urtheilen sprechende Kammer aus anderen Mitgliedern bestehen soll, als denjenigen, die in erster Instanz gesprochen haben, woraus jedenfalls auch gefolgert werden muß, daß der Untersuchungsrichter, der und zwar namentlich auch als Mitglied der Strafrathskammer in so erheblicher Weise an dem früheren Verfahren und der früheren Entscheidung participirt hat, Mitglied jener Kammer nicht sein kann.

2) In zweiter Linie wird der Cassationsrecurs gestützt darauf, daß es dem Angeschuldigten nicht verstattet worden ist, den Beweis

Digitized by Google

anzutreten und zu führen, daß die hier fraglichen Theaterstücke bereits in früheren Jahren von anderen Theaterdirektoren, nachdem diese das Recht zu deren Aufführung vertraglich erworben hatten, in Köln aufgeführt worden sind. Daß der Angeschuldigte ein desfallsiges Gesuch gestellt und jenen Beweis erboten hat, ergeben die Erwägungsgründe des Urtheils vom 28. Dezember 1871, ebenso wie die alsbaldige Verurtheilung des Angeschuldigten implicite die Ablehnung jenes Beweis-Anerbietens enthält. Ob es nun auf jene Behauptung und jenes Beweis-Anerbieten des Beschuldigten zur Sache angekommen wäre oder nicht, ist eine Frage rein rechtlicher Natur und dürften für deren Beurtheilung folgende Gesichtspunkte maßgebend sein. Es ist unbestritten, daß die Uebertragung des Ausführungsrechtes der hier fraglichen Birch-Pfeiffer'schen Theaterstücke in der Weise erfolgt, daß das Stück der betreffenden Bühne mit auf dem Titel notirten Vermerke des Agenten Michelson übersandt wird, lautend: für das Theater in N. N. (Namen der betreffenden Stadt) Honorar (N. Thaler), welcher Vermerk ohne Datum und mit der Unterschrift des ꝛc Michelson versehen ist.

Durch Zahlung des vorbehaltenen Honorars wird die Uebertragung des Aufführungsrechtes perfect. Was die Tragweite des solchergestalt verbrieften Abkommens anbelangt, so hat der Herr von Hillern selbst in seiner an den Königl. Herrn Ober-Prokurator zu Köln gerichteten Zuschrift Fol. 3 verso actorum erklärt, daß das Aufführungsrecht für das betreffende Theater erworben werde, dem es auch bei dem Wechsel der Direktoren verbleibe. Diese Anschauungsweise ist zwar eine solche, die von der gewöhnlichen Betrachtungsweise abweicht, insofern namentlich bei derselben dem einzelnen Theater oder Bühne, eine Art von Rechtssubjektivität beigelegt wird; immerhin würde man sich mit dieser Interpretation begnügen müssen, insofern es als faktisch feststehend angenommen werden müßte, daß wirklich die Intentionen der kontrahirenden Theile auf ein derartiges Abkommen gerichtet gewesen, zumal auch die Verbriefung des Uebertragungs-Vertrages, wie sie vorstehend mitgetheilt ist, eine solche Auffassung immerhin zuließe. Jedenfalls ergibt aber eine Prüfung der rechtlichen Bedeutung der Verbriefung der Uebertragungs-Verträge, wie sie nach vorstehendem faktisch feststeht, das Resultat, daß das solchergestalt übertragene Aufführungsrecht, wenn dasselbe auch nicht für das Theater, die Bühne der betreffenden Stadt als solche erworben ist, dennoch von Seiten des übertragenden Autors in der Weise vollständig für die betreffende Stadt resp. ein allenfalls näher bezeichnetes Theater derselben übertragen ist, daß eine weitere nochmalige Vergebung desselben für dieselbe Stadt, resp. dasselbe Theater von ihm nicht mehr erfolgen kann. Es folgt dies namentlich daraus, daß im dem betreffenden Vermerke der Name der ankaufenden Person gar nicht erwähnt ist, dasselbe vielmehr allgemein nur auf das Theater in N. N. lautet; es folgt ferner daraus, daß jener fragliche Vermerk nicht datirt ist, überhaupt die in jenem Vermerke enthaltene Uebertrags-Offerte ohne alle und jegliche Zeit-Beschränkung erfolgt.

Digitized by Google

Ist dies aber richtig, daß also durch die Art und Weise der Uebertragung des Aufführungsrechtes der hier fraglichen Theaterstücke, wie solche unbestrittener Maßen von jeher erfolgt ist, die übertragende Autorin, resp. deren Rechtsnachfolger sich des Rechtes der nochmaligen Uebertragung des Aufführungsrechtes für diejenige Stadt oder auch für dasjenige Theater, für welches die Uebertragung erfolgt ist, begeben, so muß, wenn der Beschuldigte nachweist, daß seine Vorgänger in Köln wirklich jene Theaterstücke in der beregten Weise erworben haben, das ganze gegen denselben eingeleitete, Verfahren zerfallen. Selbst wenn man nicht die Auffassung des Herrn von Hillern theilte, wonach das Theater in Köln das Recht zur Aufführung der fraglichen Stücke erworben hätte und wonach dieses Recht ohne weitere Uebertragung auch auf den nachherigen Direktor Kullack übergegangen wäre, so würde dennoch kraft jenes Nachweises jedenfalls soviel feststehen, daß die jetzigen Denuncianten Eheleute von Hillern durch die hier fraglichen angeblich unbefugten öffentlichen Aufführungen in keiner Weise beschädigt worden sind. Geschädigt wären alsdann nur diejenigen, welche das Aufführungsrecht für Köln erworben hatten, und wären auch nur diese in der Lage gewesen, den für Einleitung einer strafrechtlichen Untersuchung hier nothwendigen Strafantrag zu stellen, sowie Zuweisung einer Entschädigung zu verlangen, nicht aber die jetzigen Denuncianten Eheleute von Hillern. An die letzteren könnte daher die Zuweisung einer Entschädigung gar nicht erfolgen und fehlte überhaupt der für Einleitung des Verfahrens nothwendige Strafantrag. Man wird hiergegen nicht den Satz anrufen können, daß Verträge zwischen anderen Personen dem heutigen Angeschuldigten keine Rechte verleihen können. Dieser Satz, hier in seiner Anwendung schon um deswillen bedenklich, weil es sich hier um ein völliges Bestreiten der Activ-Legitimation der Eheleute von Hillern handelt, wird deshalb namentlich nicht in Betracht kommen, weil für die Frage, wer der Beschädigte ist, hier im Gebiete des Criminal-Rechtes lediglich das materielle Recht entscheidend sein kann und jene formellen civilrechtlichen Fictionen ohne Relevanz bleiben müssen.

Hiernach steht also die Erheblichkeit des von dem Angeschuldigten erbotenen Beweises, welcher präcise dahin gerichtet war, daß seine Vorgänger in Köln: die Theater-Direktoren L'Arronge und Ernst das Aufführungsrecht der hier fraglichen Birch-Pfeiffer'schen Theaterstücke für Köln und zwar für die beiden dort bestandenen Theater: das Stadttheater und das sogenannte Thalia-Theater, in derjenigen Weise erworben hätten, wie nach den Aussagen des Zeugen Michelson überhaupt die Erwerbung des Aufführungsrechtes der Birch-Pfeiffer'schen Stücke zu geschehen pflege, außer Frage und muß daher die Nichtverstattung des Angeschuldigten zu der Führung dieses Beweises die Vernichtung des angegriffenen Urtheils nach sich ziehen.

J. E. auf das erste Cassationsmittel, daß die Vorschrift des Art. 25 der Criminal-Proceß-Ordnung, nach welcher die Mitglieder des Appell.-Ger.-Hof., welche über die Versetzung in den Anklagestand erkannt haben,

Digitized by Google

nicht Mitglieder des Assisenhofes sein dürfen und ein Gleiches auch von dem Instruktionsrichter gilt, über ihren Wortlaut nicht auszudehnen und daher einer Anwendung auf das Verfahren in Zuchtpolizeisachen nicht empfänglich ist;

Daß, wenn in der, einen Organisationsplan für die preußischen Rheinprovinzen enthaltenden, Instruktion vom 19. November 1818 (§.27.) bestimmt ist, daß bei den Landgerichten die Einrichtung getroffen werden solle, daß über die Appellationen in Zuchtpolizeisachen eine aus anderen Mitgliedern, als die in erster Instanz gesprochen haben, bestehende Kammer von 5 Mitgliedern sprechen könne, hieraus für die Frage Nichts gefolgert werden kann, inwiefern es zulässig ist, daß der Instruktionsrichter oder sonst ein Richter, der in der Rathskammer für die Verweisung der Sache an das Zuchtpolizeigericht mitgewirkt hat, an der Aburtheilung der Sache in erster oder zweiter Instanz Theil nimmt;

Daß mithin die Zuziehung des Instruktionsrichters Eschweiler bei der Verhandlung der Sache in der Appellationsinstanz die behauptete Nichtigkeit des Verfahrens nicht hat herbeiführen können;

Auf das zweite Cassationsmittel:

Daß der Cassationskläger, nachdem er seine Befugniß zur öffentlichen Aufführung der in Rede stehenden dramatischen Werke zunächst durch eine persönliche Uebertragung Seitens des Theaterdirektors Mittelhausen in Elbing zu begründen versucht hatte, solche darauf daraus hat herleiten wollen, daß die Werke bereits in früheren Jahren durch andere Direktoren in Köln aufgeführt worden seien; daß diese letztere Thatsache indeß nur dann hätte erheblich erscheinen können, wenn damit die Behauptung verbunden worden wäre, daß die Befugniß zu der Aufführung durch die früheren Direktoren erworben und auf ihn übertragen oder daß jene Befugniß durch die Direktoren unter solchen Bedingungen erworben worden wäre, daß dieselbe auf ihn, als dereu Nachfolger in der Direktion bestimmten Theater von selbst übergegangen sei;

Daß in diesem Umfange ein Beweis durch den Cassations-Kläger, soviel aus den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urtheils ersichtlich nicht erboten ist und daher der vorige Richter dadurch daß er den betreffenden Beweisantrag abgelehnt, einen Rechtsgrundsatz nicht verletzt und den Cassations-Kläger in seiner Vertheidigung in unzulässiger Weise nicht beschränkt hat;

Aus diesen Gründen

verwirft der zweite Senat des Reichs-Oberhandelsgerichts den wider das Urtheil der correctionellen Appellations-Kammer des Königlich Preuß. Landgerichtes in Köln vom 28. Dezember 1871 eingelegten Cassationsrekurs unter Verurtheilung des Cassations-Klägers in Succumbenzstrafe und Kosten.

Urtheil des Reichs-Oberhandels-Gerichts zu Leipzig vom 4. September 1872.

Ref.: Herr Geh. Ober-Handels-Gerichts-Rath Dr. Schmitz.

Concl.: Vertreter der Staatsanwaltschaft Advokat Professor Dr. Nießen.

Digitized by Google

Evangelischer Pfarrhausbau. — Rechts-Verhältniß der eingepfarrten Civil-Gemeinden in Bezug auf die Kosten der Cultusbedürfnisse zu einander. — Rechtskraft.

Die zu einer evangelischen Pfarrei vereinigten Civil-Gemeinden stehen in Bezug auf die ihnen durch das Decret vom 5. Mai 1806 auferlegte Verpflichtung, in einem gewissen Umfange für die Cultuskosten der evangelischen Pfarrei aufzukommen, unter sich in einem durch das Gesetz begründeten Communions-Verhältnisse.

Die Kosten, welche zur Bestreitung eines von der Pfarrei hervorgetretenen, den Cultus betreffenden Bedürfnisses erforderlich sind — bilden eine Gesammtschuld der Communion, zu welcher jede der in dem Communions-Verbande befindlichen Civil-Gemeinden nach dem in dem Gesetze vom 14. Februar 1810 Art. 4 bestimmten Maaßstabe beizutragen hat.

Diejenige Civil-Gemeinde, welche durch die Verwaltungsbehörde angehalten ist, einen diesen Maaßstab übersteigenden Beitrag zu den vorberegten Kosten in casu des Pfarrhausbaues zu zahlen, ist berechtigt, die Erstattung des Mehrbetrages von derjenigen Civil-Gemeinde, welche den nach Maaßgabe jenes Gesetzes ihr obliegenden Beitrag nicht geleistet hat, zu verlangen, und dieser gegenüber den Beweis über die Voraussetzungen des vorerwähnten Communions-Verhältnisses, darunter namentlich, daß zur Zeit des hervorgetretenen Bedürfnisses evangelische Einwohner in der verklagten Gemeinde gewohnt haben, zu führen.

Das Urtheil, welches einer solche Klage bez. das mit derselben verbundene Beweiserbieten aus dem Grunde zurückweist, weil in einem frühern zwischen der evangelischen Pfarr-Gemeinde und der verklagten Civil-Gemeinde geführten Processe rechtskräftig erwiesen sei, daß die erstere keinen Anspruch auf Beitragung zu den fraglichen Kosten erheben könne, verletzt den Art. 1380 Nro. 3 und 1351 des B. G.-B. und unterliegt daher der Vernichtung.

Stadt Neuß — Gemeinde Nobstein.

Durch Verfügung der Königl. Regierung zu Düsseldorf vom 1. August 1838 wurden die evangelischen Einwohner mehrerer benachbarter Gemeinden darunter auch die der Gemeinde Holzheim, zu der evangelischen Gemeinde zu Neuß eingepfarrt.

Digitized by Google

Im Jahre 1859 war die Erbauung eines neuen evangelischen Pfarrhauses in Neuß nothwendig geworden und es erfolgte die Vertheilung der desfallsigen Kosten auf die zur Pfarrgemeinde gehörenden Civil-Gemeinden nach dem Maßstabe der von denselben im Jahre 1859 aufgebrachten Classen- und Einkommen-Steuer. Nach diesem Maßstabe war die Gemeinde Holzheim mit einem Beitrage von 302 Thlr. 27 Sgr. 20 Pfg. herangezogen. Sie zahlte mit Vorbehalt ihrer Rechte, und klagte sodann gegen das Presbyterium der evangelischen Kirche zu Neuß auf Rückerstattung des gezahlten Betrages, indem sie ihre Verpflichtung unter Andern um deswillen bestritt, weil die Civilgemeinde Holzheim, in welcher früher nie ein Evangelischer gewohnt, und erst in jüngster Zeit eine Protestantin eingeheirathet habe, nicht zu der Pfarrgemeinde Neuß gehöre, da die Regierung zu Düsseldorf zu der Einpfarrung nicht competent gewesen sei.

In jenem Prozesse verurtheilte das Königl Landgericht zu Düsseldorf durch Erkenntniß vom 24. Mai 1865 die evangelische Kirchengemeinde zu Neuß zur Rückzahlung, indem davon ausgegangen ist, daß die Regierung zu Düsseldorf zu der fraglichen Einpfarrung nicht befugt gewesen, diese vielmehr nur von dem Ministerium des geistlichen Unterrichts hätte geschehen können, und es somit an der nothwendigen Voraussetzung für die Beitragspflicht der Gemeinde Holzheim fehle.

Der Rhein. Appell.-Ger.-Hof erkannte zwar unterem 3. Mai 1867*) reformatorisch auf Abweisung der Klage; diese Entscheidung wurde indessen durch Urtheil des Königl. Obertribunals vom 5. Januar 1869**) cassirt und die Berufung gegen das landgerichtliche Urtheil verworfen.

Die Entscheidung ist darauf gestützt, daß der evangelischen Kirchengemeinde zu Neuß zur Begründung des von ihr erhobenen Anspruchs der Beweis obgelegen, daß zur Zeit des in Rede stehenden Pfarrhausbaues evangelische Glaubensgenossen in der Civil-Gemeinde Holzheim vorhanden gewesen seien; daß dieselbe den Beweis dieser von der Klägerin bestrittenen Thatsache weder erbracht, noch erboten habe; daß hierdurch die erstrichterliche Entscheidung gerechtfertigt erscheine und eine Prüfung des derselben zu Grunde liegenden Motivs auf sich beruhen bleiben könne.

Die Civil-Gemeinde Holzheim hatte in zweiter Instanz event. selbst den Beweis erboten, daß

> weder am 1. August 1838, noch zur Zeit des Neubaues des Pfarrhauses zu Neuß, in der Civil-Gemeinde Holzheim sich ein evangelischer Einwohner befunden habe.

Das Urtheil des Ober-Tribunals führte indessen grundsätzlich aus, daß der Art. 1 des Decrets vom 5. Mai 1806, welcher von der Gewährung eines Pfarrhauses für den evangelischen Geistlichen für den Fall rede, wo der protestantische Cultus gleichzeitig mit dem katholischen Cultus ausgeübt werde, davon ausgehe, daß die evangelische Gemeinde in ihrem Schoße Angehörige habe, die an einer evangelisch kirchlichen Organisation, für deren Vervollständigung das Pfarrhaus gewährt werden solle, betheiligt seien, und dieser Voraussetzung dadurch allein nicht genügt werde, daß durch eine kirchliche administrative Anordnung ein Pfarrsystem begründet und in dessen territoriale Begrenzung eine Civil-

*) Archiv 61, 1, 272.

**) Archiv 62. Abtheil. II. S. 28.

Digitized by Google

Gemeinde aufgenommen werde, daß namentlich durch eine solche einseitige kirchliche Anordnung für die Civil-Gemeinde unmittelbar keine Pflichten geschaffen würden, vielmehr der durch die Einpfarrung begründete Organismus nur dadurch sich verwirkliche, daß in der Civil-Gemeinde Einwohner vorhanden seien, die an den kirchlichen Einrichtungen des Pfarrsystems participirten und deren Bedürfnissen durch den von der Civil-Gemeinde zu leistenden Beitrag mitabgeholfen werde.

Diesen Grundsätzen gemäß reiche also der Nachweis der erfolgten Einverleibung der Civil-Gemeinde Holzheim in die evangelische Pfarr-Gemeinde zu Neuß zur Begründung des von der Letzteren gegen die Erstere erhobenen Anspruchs nicht aus; neben dieser Thatsache, und unbeschadet derselben, habe vielmehr zur Begründung des geltend gemachten vermögensrechtlichen Anspruchs gehört, daß zur Zeit des eingetretenen Bedürfnisses in der Gemeinde Holzheim evangelische Glaubensgenossen gewohnt hätten und dieser Beweis habe der evangelischen Gemeinde als Voraussetzung ihrer Klage obgelegen.

In Folge dieser Entscheidung des Königl. Ober-Tribunals verordnete die Königl. Regierung zu Düsseldorf die Vertheilung des von der Gemeinde Holzheim geleisteten Beitrages auf die übrigen betheiligten Gemeinden. Die Civil-Gemeinde Neuß hatte dazu 195 Thlr. 19 Sgr. 4 Pfg. beizutragen.

Sie wendet sich nun in dem gegenwärtigen Prozesse gegen die Gemeinde Holzheim mit einer am 8. März 1870 gegen dieselbe erhobenen Klage auf Erstattung jenes Betrages nebst Zinsen vom Tage der Klage.

Die Klage wird begründet, wie folgt:

> Der Verband der evangelischen Pfarrgemeinde in Neuß umfasse unter Andern die Stadt Neuß und die Gemeinde Holzheim. Letztere verweigere ihren ratirlichen Beitrag zu den Baukosten des Pfarrhauses, obgleich zur Zeit, wo das Bedürfniß des Baues sich herausgestellt habe, in Holzheim evangelische Einwohner gewohnt hätten. Durch diese ungerechtfertigte Weigerung habe die Klägerin, durch die Verfügungen der Verwaltungs-Behörden gezwungen, die 195 Thlr. 19. Sgr. 4. Pfg. mehr zahlen müssen, als ihr Antheil betragen würde, wenn auch die Gemeinde Holzheim den von ihr verschuldeten Antheil gezahlt hätte, resp. zahlte.

Klägerin erbot subsidiarisch den Beweis, daß zur Zeit des Pfarrhausbaues, und auch bis jetzt, evangelische Einwohner in der Gemeinde Holzheim gewohnt hätten.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Sie wandte ein, daß durch die Vorerkenntnisse des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf und des Königl. Ober-Tribunals festgestellt sei, daß sie zu den fraglichen Baukosten nichts beizutragen habe.

Sie gründete darauf die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache. Stütze die Klägerin aber, wie es den Anschein habe, ihre Klage auf eine Negotiorum gestio, so fehlten auch die nach Art. 1375 des B. G.-B. nothwendigen Voraussetzungen einer nützlichen und nothwendigen Auslage.

In thatsächlicher Hinsicht wurde dann noch bestritten, daß zu der Zeit, wo die Gemeinde Holzheim am 1. August 1838 durch Regierungsverfügung eingepfarrt worden sei, ein evangelischer Einwohner dort gewohnt

Digitized by Google

habe, daß vielmehr erst in letzterer Zeit eine Evangelische dort eingeheirathet sei. In den Urtheilsqualitäten wird hierauf gesagt:

„Den Ausführungen der Verklagten trat klägerischer Anwalt in längerer Erwiderung, auf welche der Kürze wegen hier verwiesen wird, entgegen, und nahm sodann auf die, ebenfalls einen längeren Schriftsatz bildende Replik des verklagtischen Anwalts, noch seinen obigen Schlußantrag, welcher also lautete:

Königl. Landgericht wolle die Klägerin zu dem auch durch Zeugen zu führenden Beweise darüber zulassen, daß zu der Zeit, wo im Jahre 1859 zu Neuß ein neu evangelisches Pfarrhaus gebaut worden ist, evangelische Einwohner in der Gemeinde Holzheim bis jetzt zu gewohnt haben; daß dieselben sich auch zu der evangelischen Kirche zu Neuß gehalten, dort den Gottesdienst besucht und die Sakramente empfangen haben, mit Vernehmung der Zeugen das Königl. Friedensgericht zu Neuß beauftragen, weitere Entscheidung vorbehalten."

Das Königl. Landgericht zu Düsseldorf hat durch Urtheil vom 8. Februar 1871 die Klage als unbegründet abgewiesen.

Die Gründe dieses Urtheils lauten wie folgt:

J. E., daß die Einrede, der gegenwärtige Streitpunkt unter den Parteien sei bereits rechtskräftig entschieden, nicht begründet erscheint, da der frühere Prozeß, auf welchen Verklagte zur Begründung ihrer Einrede sich beruft, zwischen der heutigen Verklagten und der evangelischen Pfarrgemeinde Neuß, also nicht zwischen denselben Personen, stattgefunden, überdies aber auch einen anderen Gegenstand gehabt hat;

Daß aber auch in dem früheren Prozesse der vorgenannten Pfarrgemeinde gegenüber rechtskräftig entschieden worden ist, daß die heutige Verklagte nicht verpflichtet sei zu den Kosten der evangelischen Pfarrhäuser in Neuß beizutragen, und somit durch jene früheren Prozeß-Verhandlungen erwiesen ist, daß die evangelische Pfarrgemeinde Neuß gegen die Civilgemeinde Holzheim, die heutige Verklagte, keinen Anspruch auf Beitragung zu den fraglichen Baukosten erheben kann;

Daß ohne das Vorhandensein einer solchen Berechtigung in der Person der genannten Gemeinde der Nachweis einer Verpflichtung der Verklagten zur Zahlung jener Kosten an diese Gemeinde nicht möglich erscheint;

Daß dieser Nachweis aber erforderlich sein würde um darzuthun, daß Klägerin, indem sie in Folge des Ausfallens der Gemeinde Holzheim von der genannten Pfarrgemeinde auf Zahlung eines höheren Beitrages in Anspruch genommen ist, mit der Zahlung dieses Mehrbetrages eine Schuld der Verklagten abzutragen habe;

Daß daher die hierauf gegründete Klage, in welcher die Rückerstattung jenes Mehrbetrages gefordert wird, nicht gerechtfertigt erscheint.

Gegen dieses Urtheil hat die Stadtgemeinde Neuß den Cassations-Rekurs rechtzeitig ergriffen.

Derselbe wird gestützt:

Digitized by Google

Auf Verletzung der Art. 1223, 1224, 1215, 1216, 1249, 1250, (Nro. 3) 1351 und 1375 des B. G.-B., und der Art. 1 und 2 des Gesetzes vom 14. Februar 1810.

Die Gründe des Landgerichts rechtfertigten, so wird ausgeführt, die getroffene Entscheidung nicht. Obwohl das Landgericht zunächst ausspreche, daß die Einrede der res judicata nicht begründet sei, messe es doch der zwischen der Verklagten und der Pfarrgemeinde Neuß getroffenen Entscheidung eine der jetzigen Klägerin präjudicirliche Wirkung bei, indem der Klägerin der Beweis abgeschnitten werde, daß in Wirklichkeit doch die Verklagte zu den Pfarrbaukosten beitragspflichtig gewesen sei. Das Landgericht gehe in dieser Beziehung nicht etwa davon aus, daß der Inhalt der früheren Prozeß-Verhandlungen, diese als Beweisstücke für den vorliegenden Prozeß gedacht, das Gegentheil der klägerischerseits aufgestellten Behauptungen darlege; denn hierzu wäre ein Eingehen auf den Inhalt jener Prozeß-Verhandlungen und eine selbständige Beurtheilung nothwendig gewesen. Einer solchen selbständigen Beurtheilung entschlage sich aber das Landgericht durchaus. Es nehme ohne Weiteres an, daß die evangelische Gemeinde Neuß gegen die Civil-Gemeinde Holzheim keinen Anspruch auf Beitragung zu den fraglichen Baukosten habe erheben können.

Darauf, daß die Pfarr-Gemeinde Neuß ihrerseits gegen die Gemeinde Holzheim einen solchen Anspruch nicht mehr erheben könne, komme es aber hier nicht an. Fraglich sei vielmehr: ob inter partes ein Rechtsverhältniß vorhanden sei, auf Grund dessen die Klägerin verlangen könne, daß die Verklagte eine der ersteren zugemuthete Last tragen helfe. Das Landgericht setze sich mit den Grundsätzen der res judicata (Art. 1350, 1351, B. G.-B.) offenbar in Widerspruch. Klägerin sei bei jenem Prozesse nicht Partei gewesen. Die dort ergangene Entscheidung und frühern Prozeß-Verhandlungen ständen ihr nicht entgegen und sie sei vollkommen befugt selbständig und frei auf die wahre Lage der Sache zurückzugehen, soweit die Aufklärung derselben für ihr eigenes privatrechtliches Interesse der Verklagten gegenüber erheblich erscheine.

Das Landgericht habe die rechtliche Stellung der Parteien zu einander und das rechtliche Verhältniß derselben zu der evangelischen Pfarrgemeinde Neuß in unzulässiger Weise durcheinander geworfen. Sei der thatsächliche Klagevortrag richtig, so seien beide Parteien, sowie auch die übrigen eingepfarrten Civil-Gemeinden, Mitverpflichtete der evangelischen Pfarr-Gemeinde (Art. 1 und 2 des Decrets vom 5. Mai 1806 und Art. 4 des Gesetzes vom 14. Februar 1810.) Habe der evangelischen Pfarr-Gemeinde (dem Berechtigten) gegenüber, die Eine der mitverpflichteten Civil-Gemeinden durch Urtheil, oder durch Anerkenntniß, die Befreiung von der Beitragspflicht erwirkt, so wachse die Beitragspflicht der übrigen Mitverpflichteten gegenüber der Pfarrgemeinde.

Diese Mitverpflichteten könnten aber auch dasjenige, was zwischen dem Berechtigten und dem Einen Mitverpflichteten vorgegangen sei, in ihrem Verhältnisse zu dem Mitverpflichteten nicht leiden, wenn jener Prozeß ihnen völlig fremd geblieben sei. Obwohl es sich hier Seitens der Mitverpflichteten nicht um eine Solidarverbindlichkeit handle, so finde bezüglich des Verhältnisses unter ihnen doch der Grundsatz Anwendung, welcher in den Art. 1213 und 1214 des B. G.-B. und

Digitized by Google

1216 daselbst, seinen Ausdruck gefunden habe. Danach hätten die Mitverpflichteten sich unter einander nach der wahren Lage der Sache, durch welche die Betheiligung unter ihnen bestimmt werde, auseinanderzusetzen. Die Klage sei die actio communi dividundo zum Zwecke der Ausgleichung einer gemeinschaftlichen Passivschuld, und es sei für diese ganz gleichgültig, daß dem Angriffe des Creditors gegenüber sich der eine Communist frei zu machen gewußt habe. Auf die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 1375) oder auf eine Subrogation in die Rechte des befriedigten Gläubigers (Art. 1249), welche Gesichtspunkte dem Landgerichte anscheinend vorgeschwebt hätten, sei die Klage nicht zurückzuführen. Das Landgericht habe daher den angetretenen Beweis über das Vorhandensein der thatsächlichen Voraussetzungen für die Mitverpflichtung der Verklagten nicht entscheiden dürfen.

Für die Cassationsverklagte ist hierauf erwidert:

Anlangend zunächst die Rüge, daß das Landgericht die Grundsätze der res judicata verletzt habe, so erkenne das Landgericht ausdrücklich an, daß die Entscheidungen im Vorprozesse, weil einer anderen Partei als der Cassations-Klägerin gegenüber, ergangen, die von der Verklagten vorgeschützte Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht begründeten. Trotz der Zurückweisung dieser Einrede sei es aber dem Landgerichte verstattetet gewesen, auf den Inhalt der Prozeß-Verhandlungen einzugehen und auf Grund derselben das Vorhandensein der für die Verurtheilung der Verklagten unerläßlichen Voraussetzungen zu untersuchen, ob denn wirklich eine Verbindlichkeit der Verklagten, der evangelischen Gemeinde Neuß gegenüber, bestanden habe. Das Landgericht verneine diese Frage, indem es erwäge:

> Daß durch jene früheren Prozeß-Verhandlungen erwiesen sei, daß die evangelische Pfarrgemeinde Neuß gegen die Civil-Gemeinde Holzheim keinen Anspruch auf Beitragung zu den fraglichen Kosten erheben könne.

Ersichtlich liege in dieser Erwägung die auch von der Cassations-Klägerin für zulässig erachtete Prüfung der früheren Verhandlungen, diese als Beweismittel gedacht. Ein näheres Eingehen auf dieselben sei nicht nothwendig gewesen; es sei ganz zweifellos, daß dieselben von dem Landgerichte lediglich als Beweismittel für eine thatsächliche Untersuchung behandelt worden seien, wie der Zusammenhang der Erwägungsgründe ergebe.

Das Landgericht sei auch gewiß prozessualisch befugt gewesen, auf jene früheren Verhandlungen zurückzugehen, denn die Akten seien mitgetheilt, von den Parteien als Grundlage ihrer Deduktionen benutzt, und vor dem Spruche hinterlegt.

Es beruhe auch keineswegs auf einer Verkennung der rechtlichen Stellung der gegenwärtigen Parteien, wenn das Landgericht die Frage, ob Verklagte, der evangelischen Kirchen-Gemeinde Neuß gegenüber, verpflichtet gewesen sei als präjudiziell für die Verurtheilung der Verklagten angesehen habe.

Die Cassations-Klägerin bemühe sich jetzt auszuführen, daß die Klage eine actio communi dividundo gewesen sei. Diese Fundirung sei aber in der Instanz gar nicht versucht worden. Bei der Unbestimmtheit der Klage könne man wohl behaupten, daß die Ladung den Grund der-

Digitized by Google

selben eigentlich gar nicht erkennen lasse. Um so mehr müsse man den Inhalt der von der Klägerin zugestellten Anträge und deren Motivirung, auf welche die Qualitäten des angegriffenen Urtheils Bezug nähmen, berücksichtigen. Nach diesen Anträgen sei die Auffassung eine vollberechtigte, daß die Klage auf die nützliche Verwendung, oder Subrogation, gestützt sein solle. Daraus erkläre sich denn auch hinlänglich, daß das Landgericht den Streit von diesem Fundamente aus beurtheilt habe. Das Landgericht habe dies mit Recht gethan, übrigens auch keinen Zweifel darüber gelassen daß die Klage aus dem Gesichtspunkte der nützlichen Verwendung oder Subrogation beurtheilt werden müsse. Die Cassations-Klägerin könne eine Beschwerde nicht erheben, daß das Landgericht ein von ihr vorgebrachtes Fundament nicht geprüft habe. Jedenfalls hätte Cassations-Klägerin die unterlassene Prüfung prozessualisch angreifen müssen, und da dies nicht geschehen, so bleibe die Entscheidung des Landgerichts gerechtfertigt. Denn daß in dem Falle aus der nützlichen Verwendung oder Subrogation der Kläger nachzuweisen habe, daß von ihm eine Verbindlichkeit des Verklagten getilgt sei, erscheine unbedenklich, werde auch von der Cassations-Klägerin nicht in Abrede gestellt. Uebrigens könne der Klägerin überhaupt darin nicht beigestimmt werden, daß die Klage sich aus Art. 1213 bis 1216 des B. G.-B. rechtfertigen lasse. Diese Bestimmungen bezögen sich auf Solidarschuldner und könne in einem Falle der vorliegenden Art, wo, wie Cassations-Klägerin anerkenne, von einer Solidarschuld keine Rede sei, nicht Platz greifen. Der Appellations-Richter habe also die betreffenden Artikel nicht verletzt. Noch weniger, fehle er gegen die als verletzt bezeichneten kirchenrechtlichen Vorschriften, deren Inhalt für die Beurtheilung des gegenwärtigen Rechtsstreits gar nicht wesentlich in Betracht komme.

Es wird beantragt für die Cassations-Klägerin:

Das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 8. Februar 1871 zu cassiren, die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder zu verordnen und die Kosten des Verfahrens der Cassations-Verklagten zur Last zu legen; in der Sache selbst demnächst aber nach den in dem angegriffenen Urtheile genommenen Anträgen zu erkennen;

Für die Cassations-Verklagte:

Den Cassations-Recurs als unbegründet zu verwerfen und der Cassations-Klägerin die Kosten zur Last zu legen.

Urtheil.

J. E., daß die zu einer evangelischen Pfarrei vereinigten Civil-Gemeinden in Bezug auf die, ihnen durch das Decret vom 5. Mai 1806 auferlegte Verpflichtung, in einem gewissen Umfange für die Cultuskosten der evangelischen Pfarrei aufzukommen, unter sich in einem durch das Gesetz begründeten Communions-Verhältnisse stehen, so daß die Kosten, welche zur Bestreitung eines bei der Pfarrei hervorgetretenen, den Cultus betreffenden Bedürfnisses erforderlich sind, eine Gesammtschuld der Communion bilden, zu welcher jede der in dem Communions-Verbande befindlichen Civil-Gemeinden nach dem in dem Gesetze vom 14. Februar 1810 Art. 4 bestimmten Maßstabe beizutragen hat;

Daß nach der Natur dieses Rechts-Verhältnisses, und soviel die Communions-Mitglieder unter sich betrifft, die Beitragsquote eines jeden

Digitized by Google

Communions-Gliedes um soviel geringer ist, als die Quote des Anderen beträgt, während wegen der bestehenden Gesammtschuld der Ausfall eines der Beitragspflichtigen die Beitragspflicht der, oder des Uebrigen, um die ausfallende Quote erhöht;

Daß nach dem Klagevortrage und den dieselbe erläuternden Anträgen, die Civil-Gemeinde Holzheim zu dem Pfarr-Verbande der evangelischen Pfarrei Neuß gehört haben soll und daher unter der den wirksamen Verband bedingenden Voraussetzung, daß zur Zeit des hervorgetretenen Bedürfnisses zum Pfarrhausbau, sich evangelische Einwohner in der Gemeinde Holzheim befunden, Letztere auch verpflichtet gewesen sei, ratirlich zu den Kosten des Pfarrhausbaues beizutragen;

Daß dieselbe sich jedoch geweigert habe, dieser ihrer Verpflichtung nachzukommen, und durch diese ungerechtfertigte Weigerung die klagende Civil-Gemeinde Neuß von der Verwaltungs-Behörde gezwungen worden sei 195 Thlr. 19 Sgr. 4 Pfg. mehr zu zahlen, als ihr Antheil betragen haben würde, wenn die beklagtische Gemeinde den von ihr geschuldeten ratirlichen Antheil gezahlt hätte;

Daß dem entsprechend auch das Klagepetitum dahin gerichtet ist: zu erkennen, daß die Verklagte gehalten sei zu den Kosten des Pfarrhausbaues zu Neuß die libellirte Summe beizutragen, und den von der Klägerin an deren Stelle gezahlten Betrag an dieselbe zu erstatten;

J. E., daß hiernach aus der Klage ein durch den Pfarr-Verband und die citirten Gesetze begründetes Rechts-Verhältniß hervorging, nach welchem die Beitragsquote der klagenden Civil-Gemeinde zu den fraglichen Baukosten um soviel geringer gewesen wäre, als der auf die Gemeinde Holzheim fallende ratirliche Beitrag, welcher hinterher auf die Gemeinde Neuß vertheilt wurde, ausgemacht haben würde;

Daß daher auch die klagende Gemeinde berechtigt erscheinen mußte, den Beweis über diejenige Voraussetzung des behaupteten Rechts-Verhältnisses zu führen, von welcher die Beitragspflicht der Gemeinde Holzheim abhängig gewesen ist;

Daß diese Voraussetzung lediglich in der streitigen, den rechtlich wirksamen Pfarr-Verband der Gemeinde Holzheim mit der Gemeinde Neuß bedingenden Thatsache bestanden hat, daß zur Zeit des hervorgetretenen Bedürfnisses zu dem Bau des Pfarrhauses evangelische Einwohner in der verklagtischen Gemeinde gewohnt hätten, und der Beweis hierüber von der Klägerin erboten war;

Daß der Klage, und insbesondere der Erheblichkeit dieses Beweises die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache aus dem zwischen der evangelischen Pfarr-Gemeinde und der Gemeinde Holzheim über die Beitragspflicht der Letzteren zu den Kosten des Pfarrhausbaues geführten Vorprozesse und der darüber ergangenen rechtskräftigen Entscheidung entgegengesetzt war;

J. E., daß nun zwar das Landgericht erklärt hat, daß der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache, weil der Vorprozeß zwischen anderen Parteien geführt worden, nicht begründet sei;

Daß dasselbe gleichwohl angenommen hat, daß um deswillen, weil durch die rechtskräftige Entscheidung in dem Vorprozesse erwiesen sei, daß die evangelische Pfarr-Gemeinde Neuß gegen die Gemeinde Holzheim keinen Anspruch auf Beitragung zu den fraglichen Baukosten erheben

Digitized by Google

könne, der jetzigen Klage, welche auf die Rückerstattung einer Schuld wegen dieser Baukosten gegründet worden, das rechtliche Fundament entzogen sei, und solche daher abgewiesen werden müsse;

Daß das Landgericht aber, indem es auf diese Weise die Wirkungen der in dem Vorprozesse ergangenen rechtskräftigen Entscheidung gegen die verklagte Gemeinde, welche bei der Entscheidung nicht Partei gewesen ist, so eintreten ließ, als wenn jene Entscheidung zwischen ihr und gegen sie ergangen wäre, und indem es in Folge dessen den Beweisantrag der Cassations-Klägerin ablehnte, die Art. 1350 Nro. 3, und 1351 des B. G.-B. verletzt hat;

Daß daher das angegriffene Urtheil der Vernichtung unterliegt;

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civil-Senat (Rheinischer Senat) das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 8. Februar 1871; verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des vernichteten; befiehlt die Rückgabe der Succumbenzgelder; legt der Cassations-Verklagten die Kosten zur Last, und verweiset die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Königl. Landgericht zu Elberfeld.

Sitzung vom 30. April 1872.

Ref.: H. Geh. Ob.-Tr.-Rath Weißgerber.

Concl. H. Ob.-St.-Anw. Oppenhof.

Advokaten: Dorn — Mecke.

Steuer-Contravention. — Competenz. — Chausseegeld-Befreiungen. — Thierischer Dünger. — Guano.

Bei der Beurtheilung der Strafbarkeit einer Zuwiderhandlung gegen die Steuer-Gesetze hat der Straf-Richter diese Gesetze selbständig zu prüfen und auszulegen, ohne an die Auffassung der Verwaltungsbehörde oder deren frühere Entscheidung gebunden zu sein.

Der Guano gehört nicht zu demjenigen thierischen Dünger, dessen Fuhren nach Nro. 7a des Chausseegeld-Tarifs vom 29. Februar 1840 von der Entrichtung des Chausseegeldes befreit sind.

Urtheil des Ober-Tribunals vom 31. Oktober 1872.

Die Knechte des Gutsbesitzers Raffauf zu Wolken, nämlich Anton Hain, Peter Kröter, Heinrich Rudolf, Peter Wolling, sämmtlich zu Wolken wohnhaft, waren zum 1. Dezember 1871 vor das Königl. Polizeigericht Nro. II des Cantons Coblenz unter der Beschuldigung geladen:

Am 23. September 1872, und zwar die beiden Erstgenannten mit einem mit vier Pferden bespannten, Heinrich Rudolf mit einem mit zwei Pferden, Peter Wolling mit einem mit einem Pferde bespannten, mit Guano beladenen Wagen die Chausseehebestelle zu Metternich passirt und die Zahlung des tarifmäßigen Chausseegeldes verweigert zu haben.

Gleichzeitig war deren Dienstherr Mathias Raffauf als civilverantwortlich in Anspruch genommen worden.

Digitized by Google

Letzterer räumte für sich und als Bevollmächtigter seiner Knechte ein, daß die gedachten Fuhren, von Coblenz kommend, die Chausseehebestelle zu Metternich in der angegebenen Weise unter Verweigerung des Chausseegeldes passirt hätten, wandte aber ein, daß dieselben zur Entrichtung des Chausseegeldes nicht verpflichtet gewesen seien, weil Guano thierischer Dünger sei und für denselben nach dem Chausseegeldtarif vom 29. Februar 1840, Befreiungen ad 7a, Chausseegeld nicht erhoben werde.

In der Sitzung konstituirte sich der Königl. Steuerfiskus als Civil-Partei und bestritt, vertreten durch den Königl. Ober-Steuer-Inspektor Casten zu Coblenz die in Anspruch genommene Befreiung vom Chausseegelde.

Das Königl. Polizeigericht zu Coblenz und die Zuchtpolizeikammer des Königl. Landgerichtes daselbst sprachen die Beschuldigten frei, indem sie den Guano für thierischen Dünger im Sinne der angeführten Stelle des Chausseegeldtarifs erachteten. Auf den gegen das Urtheil zweiter Instanz von Seiten des Provinzial-Steuerdirektors in Köln eingelegten Kassations-Rekurs hat das Königl. Ober-Tribunal unter dem 31. Oktober 1872 folgendes vernichtende Erkenntniß erlassen:

In E., daß die Bestimmung ad 5 der zusätzlichen Vorschriften des Chausseegeldtarifs vom 29. Februar 1840, wonach derjenige, welcher es unternimmt, sich der Entrichtung des Chausseegeldes auf irgend eine Weise ganz oder theilweise zu entziehen, der im Gesetze angeordneten Strafe verfällt, selbstverständlich voraussetzt, daß der Zuwiderhandelnde die in Frage kommende Abgabe in der That verschuldete, weil er sich andernfalls derselben nicht würde entziehen können, und daß also nur die unberechtigte Weigerung, die Chausseeabgabe zu entrichten, den Thatbestand einer Chausseegeld-Defraudation darstellen kann;

Daß zwar über die Verbindlichkeit zur Entrichtung allgemeiner Staatsabgaben behufs Erhebung derselben lediglich die Steuerbehörde zu entscheiden hat;

(§. 36 der Verordnung vom 26. Dezember 1808, Gesetz-Sammlung für 1806 bis 1810 Seite 464; cfr. §. 78 Theil II Titel 14 Allgemeinen Landrechts;)

Daß aber bei Beurtheilung der Strafbarkeit einer Zuwiderhandlung gegen die Steuergesetze es zu den Obliegenheiten des Strafrichters gehört, diese Gesetze selbständig zu prüfen und auszulegen und danach die Entscheidung über Schuld und Nichtschuld zu treffen, ohne an die bei der Verwaltungs-Behörde obwaltende Auffassung oder deren frühere Entscheidungen gebunden zu sein;

Daß aber die angefochtene Entscheidung auf einer unrichtigen Auslegung der Vorschrift des Chausseegeldtarifs vom 29. Februar 1840 unter 7a der Befreiung beruht, „wonach Chausseegeld nicht erhoben wird bei allen Hebestellen von Fuhren mit thierischem Dünger (Stalldünger, Mist;)"

Daß nämlich die bei 7a a. a. O. eingeklammerten Worte: „Stalldünger, Mist" offenbar zur Erläuterung des Begriffs bestimmt sind, welcher der Gesetzgeber mit dem Ausdrucke „thierischer Dünger" bezeichnen wollte und bezeichnet hat;

Daß daher diese Worte nicht exemplifikativ — wie dies bei der Nro. 7b daselbst „Asche, Gyps, Kalk u. s. w." anzunehmen ist —, sondern nur restrictiv aufzufassen sind, und zwar in der Art, daß nur solcher „thierischer Dünger" von der Chausseegeld-Abgabe befreit sein soll, welcher zugleich unter den Begriff von „Stalldünger" oder „Mist" zu subsumiren ist;

[illegible] Daß hierunter sprachgebräuchlich nur der gewöhnlich in der Land-

Digitized by Google

wirthschaft erzeugte Düngstoff zu verstehen ist, keineswegs aber auch der Guano, der, wiewohl thierischen Ursprungs, ein zur Zeit der Erlassung des Gesetzes noch unbekannter Düngstoff, erst in neuer Zeit als ein ausländischer Handelsartikel bekannt worden ist;

Daß für die beschränkende Auslegung der allegirten Nro. 7a zunächst der Umstand spricht, daß dieselbe eine Befreiung von der allgemeinen Verpflichtung zur Entrichtung von Chausseegeld enthält, also als Ausnahme von der Regel einer restrictiven Auffassung unterliegt;

Daß sodann aber nicht zu erkennen ist, daß der Gesetzgeber im Anschluß an die früheren Vorschriften und namentlich an den Chausseegeldtarif vom 28. April 1828 (Gesetzsammlung pro 1828, Seite 66) Nro. 7 der Befreiungen, woselbst allgemein die „Düngerfuhren" von der Verpflichtung zur Entrichtung der fraglichen Abgabe ausgeschlossen waren, diese Befreiungen näher präzisiren und beschränken wollte, indem er unter Nro. 7a und b des Tarifs vom 29. Februar 1840 bestimmte, daß die Fuhren mit Stalldünger oder Mist bei allen Hebestellen, dagegen die Fuhren mit Asche, Gyps, Kalk u. s. w., wenn diese Gegenstände zur Düngung bestimmt sind, nur bei den Hebestellen in der Gemeinde oder Gutsfeldmark und bei den Hebestellen in der Feldmark, von der Entrichtung des Chausseegeldes befreit sein sollen;

Daß aber auch bei allen den erwähnten Befreiungen unzweifelhaft nur an Transporte auf der Chaussee von verhältnißmäßig unbedeutender Entfernung gedacht, und nur eine Erleichterung im Interesse des Ackerbaues bezweckt worden ist, indem die Landleute, welche in der Nähe einer Hebestelle wohnen, und nicht auf ihre Felder gelangen können, ohne dieselbe zu berühren, gegen eine übermäßige Belastung geschützt werden sollten;

Daß diese Rucksichten nicht in gleichem Maße dann zutreffen würden, wenn man auch die mit Guano beladenen Fuhren für befreit von der Chausseegeld-Abgabe betrachten wollte, da der Transportant des Guanos als eines ausländischen Handelsartikels, der die größten Strecken des Landes-Gebietes häufig zu passiren hat, die Begünstigung des Gesetzes in unermeßbarer Weise genießen würde, und da dann die Abgabenfreiheit weniger dem Landbau, als vielmehr dem Handelsverkehr zu Statten kommen würde, was jedenfalls nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat;

J. E., daß, da der vorige Richter die mehrgedachte Befreiung sub 7 a des Tarifs vom 29. Februar 1840 auch auf Guanofuhren ausdehnen zu müssen geglaubt hat, er diese gesetzliche Bestimmung verletzte, was die Vernichtung des angefochtenen Urtheils zur Folge haben muß;

Daß aber in der Sache selbst noch nicht erkannt werden kann, da bei der Entscheidung noch thatsächliche Momente in Betracht kommen können;

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, zweite Abtheilung, das Urtheil der correctionellen Kammer des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 22. Januar 1872, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten, legt den Kassationsverklagten die Kosten dieses Verfahrens zur Last und verweist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über die Berufung gegen das Urtheil des Königl. Polizeigerichts II. zu Koblenz an die correctionelle Kammer des Königl. Landgerichts zu Bonn.

Ref.: Ob.-Tr.-Rath v. Graermitz.
Oeffentl. Min.: Ob.-St.-Anw. Oppenhof.

Digitized by Google

Kauf. — Frist-Bestimmung. — Fix-Geschäft.

Eine Frist-Bestimmung zur Ablieferung der Waaren beim Kaufe gibt nicht nothwendig für sich allein demselben den Charakter eines Fix-Geschäftes.

Der Fall des Art. 357 des Allg. D. Handels-G.-B. tritt als Ausnahmefall vielmehr nur da ein, wo die Worte des Vertrages oder die sonstigen Umstände klar ergeben, daß nach Absicht der Parteien die bestimmte Frist dergestalt wesentlich ist, daß eine nach Ablauf der Frist erfolgende Erfüllung nicht mehr als Erfüllung angesehen werden soll.

Jäger — Hoffmann u. Söhne.

Die Klägerin behauptet, dem Beklagten zweitausend Centner Niederösterreichische Metzen à 80 Wiener Pfund Korn zu 4 Gulden 45 Kreuzer per Metzen, am Bahnhof zu Gros-Wardein im März 1868 zu empfangen, und in Wien zu bezahlen, verkauft und, nachdem sie am 30. März 1868 den Beklagten zur Empfangnahme aufgefordert und dieser am 31. ejusdem solche verweigert habe, die Waare am 1. April 1869 durch den vereideten Sensal Sorer in Wien verkauft und daraus 3 Gulden 75 Kreuzer per Metzen erlöst zu haben. Die Differenz zwischen diesem Erlöse und dem angeblichen vertragsmäßigen Kaufpreise hat sie auf Grund der Artikel 343, 354 des D. Handels-G.-B. bei dem Königl. Handelsgerichte zu Coblenz eingeklagt.

Der Beklagte hat das Zustandekommen des behaupteten Kaufgeschäftes, sowie die Thatsache bestritten, daß die Klägerin am 30 März 1868 am Bahnhofe zu Groß-Wardein 2000 Centner Roggen zu seiner Verfügung liegen gehabt habe

Das Handelsgericht hat nach stattgehabter Beweis-Aufnahme die Existenz des Kaufgeschäftes für bewiesen angenommen, die, unter Beweis gestellte Behauptung des Beklagten, daß Klägerin den Roggen nicht vorräthig gehabt habe, für unerheblich erklärt, da es Sache des Beklagten gewesen wäre, sich, nachdem er zur Empfangnahme aufgefordert worden, von dem Vorhandensein des Roggens zu überzeugen, und sodann erwägend:

> Daß der Beklagte sich bezüglich der Empfangnahme des Roggens in rechtlichem Verzug befunden habe und deshalb die Klägerin nach den Bestimmungen des Artikels 343 und resp. 354 und dreihundert siebenundfünfzig des D. Handels-G.-B. zu der vorgenommenen öffentlichen Versteigerung berechtigt gewesen sei;

den Beklagten nach dem Klageantrag verurtheilt.

Der Beklagte hat appellirt, wiederholt die Existenz des Kaufgeschäftes bestritten und sodann vornehmlich die Wirksamkeit und Gültigkeit des angeblich zu Wien stattgehabten Verkaufes der Waare mit der Behauptung angefochten:

Digitized by Google

1. Derselbe habe keine wirkliche Waare, sondern nur ein Lieferungsgeschäft zum Gegenstande gehabt; Artikel 343 gestatte aber nur den Verkauf einer wirklichen Waare;
2. Es seien keine 2000 Zollcentner, sondern nur 2000 Oesterreichische Metzen (89,600 statt 100000 Kilo) verkauft worden;
3. Die Waare habe in Groß-Wardein, jedenfalls am nächsten Marktplatze (was Pesth gewesen) verkauft werden müssen; der Verkauf in Groß-Wardein sei um so nothwendiger gewesen, als Beklagter aufgefordert gewesen, dort zu empfangen;
4. Die Preise seien ganz fictiv; der Roggen habe damals in Wien 4 Gulden 70 bis 90 Kreuzer, in Pesth 4 Gulden 25 bis 35 Kreuzer gestanden.

Endlich hat Beklagter auch wieder bestritten und Beweis darüber verlangt, daß Klägerin die entsprechende Quantität Roggen in Groß-Wardein besessen habe.

Der Königl. Preußische Appell. Ger.-Hof zu Köln hat durch Urtheil vom 5 Januar 1871 die Berufung des Beklagten verworfen.

In den Gründen wird in Betreff der Frage nach dem Zustandekommen des Kaufgeschäftes dem ersten Richter beigepflichtet. Sodann heißt es weiter:

„Daß demnach, wenn der Appellant vor Ende März keine Anstalt zur Abnahme des zufolge des Briefes vom 18. März zu Groß-Wardein bei dem Appellaten bereit liegenden Roggens traf, der Letztere laut Artikel 357 des Handels G.-B. auch ohne vorgängige Bedrohung zu dem durch Art. 343 daselbst vorgesehenen Verkaufe der eines Marktpreises theilhaften Waare schreiten durfte",

und werden dann die Einwendungen gegen die Wirksamkeit und Gültigkeit des stattgehabten Verkaufes widerlegt. Die desfallsigen Gründe konnten übergangen werden da der Cassations-Richter nicht über dieselben erkannt hat.

Der Beklagte hat hiergegen den Cassations-Rekurs ergriffen.

Er behauptet:

1. Verletzung der Art. 141, 470 der B. Pr.-O., sowie des Art. 7 des Organisations-Gesetzes vom 20. April 1810;
2. Verletzung der Art. 357 und 278 des Handels G.-B.,
3. Verletzung der Art. 343, 354, 356 des Handels G.-B.
4. Verletzung der Artikel 1, 278, 279, 343 Absatz 2, 354 und 357 Absatz 2 ibidem.

Zur Rechtfertigung ist im Wesentlichen geltend gemacht:

Es handle sich um einen gewöhnlichen Handels-Kauf nach Art. 338, 343, 346, 354, 356 des Handels G.-B. Dies sei außer Acht gelassen und zu Unrecht das vorliegende Geschäft nach den Ausnahme-Bestimmungen für Fix-Geschäfte beurtheilt. Dadurch, daß der Richter die hierfür nothwendigen Voraussetzungen nicht festgestellt, sei sein Urtheil wesentlich unmotivirt und daher formell nichtig.

Es verletze aber auch materiell den Art. 357 des Handels G.-B. durch unpassende Anwendung und den Art. 278 ibidem durch Nichtbeachtung. Art. 357 finde nur Anwendung, wenn der Vertragswille klar vorliege, daß die Zeit oder Frist der Erfüllung

Digitized by Google

von absolut wesentlicher Bedeutung sein solle, wie dies in der Rechtsprechung ganz entschieden anerkannt sei. Ein solcher Willen der Parteien sei von der Klägerin nicht behauptet auch nirgend ersichtlich. Habe der Appell.-G.-Hof den streitigen Kauf dennoch als Fix-Geschäft behandelt, so wende er ihn auf einen Fall, für welchen er nicht gegeben sei, an und thue dem Vertragswillen Gewalt an.

Nach den wirklich anwendbaren Gesetzes-Vorschriften — Art. 343, 354, 356 — habe erst nach Ablauf der vertragsmäßigen Lieferungsfrist der Verkauf erfolgen können und demselben eine Androhung und die Bewilligung einer Nachfrist vorhergehen müssen. Daß etwa besondere Umstände eine Nachfrist unthunlich gemacht, sei nicht festgestellt. Darin, daß dies Alles übersehen, liege Verletzung der bezogenen Artikel.

Die Gründe für das 4. Cassationsmittel konnten übergangen werden.

Für den Cassations-Beklagten ist erwidert:

Nach der thatsächlichen Annahme der Instanz-Richter sei das streitige Geschäft ein Fix-Geschäft. Dieser Charakter sei von dem Beklagten nirgend bestritten. Ueber ein Vertheidigungsmittel, das der Beklagte nicht vorgebracht, habe der Richter daher auch nicht zu erkennen gehabt. Im Uebrigen seien die Bedingungen des streitigen Geschäftes erschöpfend festgestellt. Was noch weiter habe festgestellt werden sollen, werde nicht gesagt. Der Vorwurf mangelnder Motivirung sei hiernach nicht blos unbegründet, sondern auch unsubstantiirt.

Auch der 2. Vorwurf (Verletzung des Art. 357 des Handels G.-B.) sei schon deshalb hinfällig, weil er einen in den Instanzen nicht angeregten Streitpunkt vorbringe. Er sei auch unbegründet. Es sei ein genau begrenzter Zeitraum für die Erfüllung bestimmt gewesen. Mit Rücksicht hierauf und in freier Würdigung der sonstigen Umstände habe der Richter den Fall des Art. 357 für gegeben erachten können. Es genüge, daß er den erkennbaren Willen der Parteien, ein Fix-Geschäft zu schließen, festgestellt habe. Seine Erwägungen ließen nirgend eine unrichtige Anschauung in Betreff des Sinnes des Art. 357 hervortreten. Die Entscheidung der Vorder-Richter in diesem Punkte beruhe auch noch auf anderen selbständigen, nicht angefochtenen Gründen. Außerdem sei die Frage, ob ein Fix-Geschäft vorliege, doch nur insofern von Bedeutung, als der Beklagte sonst eine vorherige Anzeige im Sinne des Art. 356 hätte verlangen können. Nun sei aber Beklagter am 18. März 1868 brieflich und am 30. ejusdem durch Gerichtsvollzieher-Akt zur Abnahme aufgefordert worden. Da Beklagter darauf am 31. März die Abnahme unbedingt abgelehnt habe, so habe von Bewilligung einer Nachfrist selbstredend nicht die Rede sein können.

Damit zerfalle auch der Vorwurf der Verletzung der Art. 343, 354 und 356 des Handels-G.-B.

Beantragt ist für den Cassations-Kläger:

Das Urtheil des Rhein. Appell. Ger.-Hof zu Köln vom 5. Januar

Digitized by Google

1871 zu cassiren, der Cassations-Beklagten die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen und in der Sache selbst, auf die Berufung des Beklagten, unter Aufhebung des Handelsgerichtlichen Urtheils vom 22. April 1870 die erhobene Klage abzuweisen, event. sonst den Berufungs-Anträgen stattzugeben;

Für die Cassations-Beklagte:

Den Cassations-Rekurs als unbegründet kostenfällig zu verwerfen.

Durch Beschluß des Königl. Preuß. Ob.-Tr., 5. Civil-Senats, ist die Abgabe der Akten an das Reichs-Oberhandels-Gericht verordnet und sind letztere demgemäß mit einem Requisitorium des Königl General-Staats-Anwalts zu Berlin anher gelangt.

Urtheil.

In E., daß der Appellations-Richter zu erkennen gegeben hat, daß er das streitige Rechtsgeschäft als den Bestimmungen des Art. 357 des Handels G.-B. unterworfen betrachtete; daß er auf diese Annahme seine Entscheidung in Betreff der rechtlichen Wirkungen desselben gestützt und dabei auch keines der von den Parteien vorgebrachten Angriffs-, und Vertheidigungsmittel unberücksichtigt gelassen hat; daß demnach zu der Rüge, daß das angefochtene Erkenntniß der den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Motivirung entbehre, ein Grund nicht vorliegt, und daß die Frage, ob der Richter die Existenz eines sogenannten Fix-Geschäftes (im Sinne des Art. 357) nach Lage der Sache annehmen konnte, ob es dazu nicht noch der Feststellung besonderer, die Anwendung des Artikels rechtfertigender Voraussetzungen bedurfte, nicht die Formgerechtigkeit der Entscheidung (Art. 7 des Gesetzes vom 20. April 1810) berührt, vielmehr eine Frage des materiellen Rechtes ist und somit zur Prüfung des die Verletzung des Art. 357 selbst behauptenden Cassations-Grundes führt;

In E., daß nach der Feststellung der Instanz-Richter es sich um ein Kaufgeschäft handelt, geschlossen unter der Bedingung, daß die Waare im März 1868 durch den Käufer in Empfang genommen werden solle; daß diese Frist-Bestimmung für sich allein dem Kauf den Charakter eines Fix-Geschäftes nicht nothwendig verlieh; daß der Fall des Art. 357 ein Ausnahmefall ist, der nur da eintritt, wo die Worte des Vertrages oder die sonstigen Umstände klar ergeben, daß nach der Absicht der Parteien die bestimmte Frist dergestalt wesentlich ist, daß eine nach Ablauf der Frist erfolgende Erfüllung nicht mehr als Erfüllung angesehen werden soll; daß aber, wo dies nicht vorhanden ist, der Art. 357 nicht Anwendung findet und es bei der in den vorhergehenden Artikeln gegebenen Regel bewendet;

Daß vorliegend nun eine dahin gehende Absicht der Parteien von der Klägerin (die ihre Klage ausdrücklich auf die Art. 343, 354 des Handels G.-B. gestützt hat) selbst nicht behauptet, auch von den Instanz-Richtern sonst in keiner Weise festgestellt ist, daß eine solche aus den Worten des Vertrages oder aus den obwaltenden Umständen zu entnehmen sei;

Daß der vorige Richter dennoch, ersichtlich blos wegen der dem Kaufgeschäfte zugefügten Frist-Bestimmung, den Art. 357 angewendet und der Klägerin das aus ihm herzuleitende Recht, deshalb, weil der Beklagte innerhalb der gesetzten Frist (vor Ende März) keine Anstalt zur Abnahme des Roggens getroffen hatte, nach Ablauf der Frist (am 1. April) ohne Weiteres zu dem Verkaufe der Waare überzugehen und den Beklagten

Digitized by Google

für die Differenz zwischen dem Erlöse dieses Verkaufes und dem vertragsmäßigen Kaufpreise in Anspruch zu nehmen, zuerkannt hat, während nach der festgestellten Sachlage Art. 356 hätte zur Anwendung kommen müssen, nach welchem, wenn der Käufer mit der Empfangnahme in Verzug war und der Verkäufer statt der Erfüllung die Waare unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 verkaufen und Schadensersatz fordern wollte, es einer vorherigen Anzeige hierüber und, soweit die Natur des Geschäftes es gestattete, der Bewilligung einer angemessenen Frist bedurfte;

Daß demnach die den Beklagten zu der geforderten Preis-Differenz verurtheilende Entscheidung die Gesetze der Materie, insbesondere die von dem Cassations-Kläger bezeichneten Art. 357, 343, 354, 356 durch falsche Anwendung und beziehungsweise durch Nichtanwendung verletzt;

Daß auch der Cassations-Kläger diese Gesetzesverletzung zu rügen dadurch nicht verhindert ist, daß er bei seinem Widerspruch gegen die Klage und seiner Anfechtung des ersten Urtheils nicht auf die entscheidenden Rechtsgründe Bezug genommen hat, da dies den Richter nicht der Nothwendigkeit enthob, auf den von den Parteien seiner Beurtheilung unterbreiteten Thatbestand das richtige Gesetz anzuwenden;

Daß deshalb das angefochtene Erkenntniß der Vernichtung unterliegt und von einer Untersuchung der Frage abgesehen werden kann, ob der Wiederverkauf der Waare in Wien, statt an dem Erfüllungsorte, erfolgen konnte und ob die Annahme des Appell. Ger.-Hof, daß, selbst wenn nicht das ganze zu empfangende Quantum verkauft worden, dennoch die durch den Verkauf eines Theiles ermittelte Preis-Differenz auch für den nicht verkauften Theil würde gefordert werden können, mit dem richtigen Sinne der Art. 343 und 357 des Handels G.-B. sich in Einklang befindet;

Aus diesen Gründen

cassirt das Reichs-Ober.-Handels-Gericht, 2. Senat, das Urtheil des Königl. Preuß. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 5. Januar 1871, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten, sowie die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder und verurtheilt die Cassations-Beklagte in die Kosten des gegenwärtigen Verfahrens.

Sodann zur Sache selbst erkennend und

In E., daß bei dem Kaufgeschäfte, aus welchem die Klägerin ihre Ansprüche herleitet, zwar bedungen worden ist, daß die Waare von dem Beklagten im März 1868 abgenommen werden solle, daß aber weder aus der eigenen Darstellung der Klägerin noch sonst aus den obwaltenden Umständen erkennbar ist, daß nach der Absicht der Parteien die für die Empfangnahme festgesetzte Frist die Bedeutung gehabt habe, daß nach Ablauf derselben eine Erfüllung nicht mehr zugelassen werden solle;

Daß, dies vorausgesetzt, die Klägerin nach den oben entwickelten Rechtsgrundsätzen zu dem Verkaufe der Waare am 1. April nicht berechtigt war, folgeweise ihre auf die geforderte Differenz gerichtete Klage, abgewiesen werden muß,

Weist das Reichs-Ober-Handels-Gericht, unter Reformation des Urtheils des Königl. Preuß. Handels-Gerichtes zu Coblenz vom 22. April 1870, die durch Ladungsakt vom 9. April 1868 angehobene Klage ab, verordnet die Rückgabe der in 2. Instanz hinterlegten Succumbenzstrafe

Digitized by Google

und verurtheilt die Klägerin in die Kosten beider Instanzen, festgestellt auf 31 Thlr. 23 Sgr. 3 Pfg.

Die Kosten des Cassations-Verfahrens werden auf 70 Thlr. festgestellt.

Reichs-Ober-Handels-Gericht (II. Senat) Sitzung vom 16. Oktober 1872.

Ref.: H. R. O. H. G. R. Dr. Schmitz.

Concl.: H. R. O. H. G. R. Dr. Römer.

Advokaten: Stegeman — Mecke.

Eingetragene Genossenschaft. — Austritt. — Herausgabe des Geschäfts-Antheils.

Die einem, aus der eingetragenen Genossenschaft austretenden, Mitgliede nach §. 39 des Genossenschafts-Gesetzes vom 4. Juli 1868 gebührende Herausgabe seines Geschäfts-Antheiles, besteht nicht in der ursprünglich gezahlten Einlage, sondern in demjenigen Antheile, der sich am Schlusse des Geschäftsjahres, in welchem der Austritt rechtzeitig angemeldet ist, aus jener Einlage durch Hinzuschreibung der Dividenden sowie durch Abschreibung der verhältnißmäßig mitzutragenden Verluste gebildet hat.

Elberfelder Gewerbebank — Nauß.

Die Cassations-Klägerin ist eine eingetragene Genossenschaft im Sinne des Bundes-Gesetzes vom 4. Juli 1868. Cassations-Beklagter war Mitglied derselben und hatte einen Geschäfts-Antheil von 200 Thlr. eingezahlt. Er hat seinen Austritt am 1. November 1870 erklärt und am 4. April 1872 gegen die Cassations-Klägerin auf Rückerstattung seines Antheiles cum annexis bei dem Königl. Preuß. Handelsgerichte in Elberfeld geklagt. Die Genossenschaft hat die Abweisung der Klage beantragt, indem sie sich darauf berief, daß unter dem 28. Dezember 1871 die General-Versammlung beschlossen habe, daß sämmtliche Geschäfts-Antheile durch die erlittenen Verluste absorbirt erklärt würden und demnach neue Antheile auszuschreiben seien, worauf Kläger erwiderte, jener General-Versammlungs-Beschluß sei nichtig, nach §. 39 des Genossenschafts-Gesetzes könne die Genossenschaft sich nur dadurch schützen, daß sie sich auflöse oder liquidire; daß Kläger einen Geschäfts-Antheil von 200 Thlr. eingezahlt habe, ergäben die Bücher. Dieser Thatsache könne die Genossenschaft nicht mit der Behauptung angeblicher Verluste entgegentreten. Der Kläger brauche sich auf eine Prüfung der Bilanz nicht einzulassen. Er sei einfach Gläubiger der Beklagten, die auch nach den Statuten zu zahlen verpflichtet sei.

Durch Urtheil vom 11. Mai 1872 hat das Handelsgericht die Gewerbebank nach dem Klageantrage verurtheilt aus folgenden Gründen:

„J. E., daß von der Beklagten nicht bestritten worden, daß der Kläger am 1. November 1870 seinen Austritt als Mitglied der verklagten Genossenschaft erklärt hat;

Digitized by Google

Daß ferner von der Verklagten unbestritten geblieben ist, übrigens auch aus den von Kläger vorgelegten Quittungen hervorgeht, daß der Kläger einen Geschäfts-Antheil von 200 Thlr. bei der Verklagten eingezahlt hat;

J. E., daß der Kläger in Folge dessen statutgemäß mit Ende 1871 aufhörte, Mitglied der verklagten Genossenschaft zu sein, und ihm sein Geschäfts-Antheil im Monat März dieses Jahres ausbezahlt werden mußte;

J. E., daß nun die Verklagte sich auf einen Beschluß der General-Versammluug beruft, nämlich vom 28. Dezember 1871, wodurch bestimmt worden, daß die rechnungsmäßig festgestellten Verluste, welche die Höhe der eingezahlten Geschäfts-Antheile überschritten, vollständig abgeschrieben werden sollten, und Verklagte hieraus folgert, daß sie an den Kläger nichts zu zahlen habe, weil eben sein eingezahlter Geschäfts-Antheil durch die stattgefundenen Verluste der Genossenschaft absorbirt sei;

Daß indeß, abgesehn davon, daß jener Beschluß zu einer Zeit gefaßt worden, wo Kläger seinen Austritt erklärt hatte, derselbe auch gegen die Bestimmung des §. 39 des Gesetzes vom 4. Juli 1868 verstößt; daß der Schlußsatz des berührten Paragraphen ausdrücklich vorschreibt, daß die Genossenschaft nur dadurch gegen ihre Verpflichtung, einem ausgeschiedenen Genossenschafter seinen Geschäfts-Antheil, wie er sich aus den Büchern ergibt, binnen 3 Monaten nach seinem Ausscheiden auszuzahlen, sich schützen kann, daß sie ihre Auflösung beschließt und zur Liquidation schreitet;

Daß die Verklagte einen solchen Beschluß nicht gefaßt hat, sie folglich verpflichtet ist, dem Kläger seinen Geschäfts-Antheil auszuzahlen;

Daß die Unwirksamkeit des Beschlusses vom 28. Dezember 1871 dem Kläger gegenüber auch dadurch nicht beseitigt werden kann, wenn die Verklagte auf Grund jenes Beschlusses in ihren Büchern eine Abschreibung der Verluste auf den Geschäfts-Antheil gemacht haben sollte, weil sie hierzu nicht berechtigt war."

Die Gewerbebank hat den Cassations-Rekurs ergriffen. Urtheil in zugestellter Abschrift und Quittung über die Succumbenzgelder liegen der Denkschrift des Rechtsanwalts Mecke bei. Sie behauptet Verletzung der §§. 9, 10, 12, 38, 39 des Bundes-Gesetzes vom 4. Juli 1868, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften, wofür im Wesentlichen geltend gemacht wird:

Der §. 39 des Gesetzes verordne die Auszahlung des Geschäfts-Antheiles, wie solcher sich *aus den Büchern* ergebe. Ergäben also die Bücher, daß derselbe absorbirt sei, so könne er selbstredend *nicht* gefordert werden. Die Auflösung und Liquidation sei nur dann nothwendig, wenn die Geschäfts-Antheile noch vorhanden seien und dennoch nicht gezahlt werden sollten. Die Gültigkeit des Beschlusses folge aus den §§. 9, 10 und 12 des Gesetzes. Die Geschäfts-Antheile hafteten in erster Linie für die Verluste. Nach §. 9, Absatz 2, werde in Ermangelung einer anderen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages der Verlust nach Höhe der Geschäfts-Antheile unter die Genossenschafter vertheilt. Ein nach Erschöpfung

Digitized by Google

des Genossenschafts-Vermögens noch zu deckender Rest werde nach Köpfen unter die Genossenschafter vertheilt. Die Ordnung dieser Verhältnisse stehe nach §. 10 des Gesetzes der General-Versammlung zu. Nach §. 12 habe Kläger sogar noch für das sich ergebende Minus einzustehen. Der Beschluß vom 28. Dezember 1871 sei also ein völlig berechtigter gewesen. Er sei auch dem Statute der Gesellschaft nicht zuwider. Die Existenz der Verluste bezweifle das Handelsgericht nicht. Aus der Austritts-Erklärung des Klägers leite das Handelsgericht einen selbständigen Entscheidungsgrund nicht her. Eventuell wäre derselbe unhaltbar, da es der Innehaltung der statutenmäßigen Kündigungsfrist, nicht einer bloßen Austritts-Erklärung bedurft haben würde.

Es ist beantragt:

Das angefochtene Urtheil zu cassiren, die Rückgabe der Succumbenzgelder zu verordnen, dem Cassations-Beklagten die Kosten zur Last zu legen und, in der Sache selbst, die erhobene Klage kostenfällig abzuweisen.

Für den Cassations-Beklagten ist auf Verwerfung des Cassations-Rekurses angetragen und dafür ausgeführt worden:

Die Vorschrift des §. 39 des Gesetzes sei klar und werde durch §. 30 der Statuten noch bestärkt, der ausdrücklich sage, daß das ausscheidende Mitglied den vollständigen Betrag der eingezahlten Summen und der bereits zugeschriebenen Dividenden fordern könne. Auf die augenblickliche Lage der Genossenschaft, die vielleicht unmittelbar nachher sich bessern könne, komme es hierbei nicht an. Dem entsprechend schließe §. 39 den Austretenden auch von jedem Anspruche auf das übrige Vermögen aus. Das Gesetz habe mit Rücksicht auf die Natur der Genossenschaften, die eine unbegrenzte Anzahl von Mitgliedern hätten, etwas Abweichendes von Demjenigen bestimmen wollen, was bei Gesellschaften Regel sei. Die §. 3, Nummer 5, §. 9, alinea 2, 3, und 47 zeigten, daß das Gesetz unter Geschäfts-Antheil die Einlage des einzelnen Genossenschafters verstehe.

In Folge Beschlusses des Königl. Obertribunales, 5. Senats, bei welchem die Instruktion der Sache stattgefunden hat, sind die Akten mit einem Requisitorium des Königl. Generalstaats-Anwaltes in Berlin an das Reichs-Oberhandelsgericht gelangt.

Urtheil.

In E., daß nach §. 39 des Genossenschafts-Gesetzes vom 4. Juli 1868 der austretende Genossenschafter die Herausgabe seines Geschäfts-Antheiles, wie er sich aus den Büchern ergibt, verlangen kann;

Daß der Zusammenhang der das Verhältniß der Genossenschaft und ihrer Mitglieder regelnden gesetzlichen Bestimmungen (§. 9, 12, 38, 39,) gleichwie die Analogie verwandter Rechtsverhältnisse (wie zum Beispiel des Verhältnisses der Commanditisten zur Commanditgesellschaft, Art. 165, Absatz 4 des Handels-Gesetz-Buchs) ergibt, daß das Object der dem austretenden Mitgliede gebührenden Herausgabe nicht der ursprünglich eingezahlte Antheil, sondern derjenige Antheil ist, der sich aus jener Einlage durch Hinzuschreibung der Dividenden, sowie durch Abschreibung der verhältnißmäßig mitzutragenden Verluste gebildet hat;

Digitized by Google

Daß auch die Entstehungs-Geschichte des §. 39 darüber Aufschluß gibt, daß der Ausdruck: Geschäfts-Antheil, „wie er sich aus den Büchern ergibt," gerade gewählt worden ist, um die an die Fassung des §. 38 des früheren Preuß. Gesetzes vom 27. März 1867, welcher nur von dem eingezahlten Geschäfts-Antheile nebst zugeschriebenen Dividenden redete, sich knüpfenden Bedenken zu beseitigen und den Gedanken zur Geltung zu bringen, daß das austretende Mitglied seinen Geschäfts-Antheil nur in dem Umfange zu fordern habe, wie er sich in Folge der zugeschriebenen Dividenden und der abgeschriebenen Verluste gestalte und als Resultat der Geschäftsführung der Genossenschaft durch die Bücher nachgewiesen werde;

Daß der Zeitpunkt, welcher über die Höhe des Geschäfts-Antheiles entscheidet, der Schluß des Geschäftsjahres ist, in welchem der Austritt rechtzeitig angemeldet wird, daß den danach ermittelten Geschäfts-Antheil die Genossenschaft 3 Monate nach dem Austritte auszahlen muß und daß sie dieser Verpflichtung sich nur dadurch entziehen kann, daß sie ihre Auflösung beschließt und zur Liquidation schreitet;

J. E., daß hieraus folgt, daß das Handelsgericht dadurch, daß es die Cassations-Klägerin lediglich deshalb, weil der Cassationsbeklagte den geforderten Betrag von 200 Thlr. bei der Genossenschaft eingezahlt hat, verurtheilte und sich auf eine Untersuchung darüber, ob und inwieweit dieser Betrag beim Schlusse des Geschäftsjahres 1871, wo der Cassationsbeklagte festgestellter Maßen aufhörte, Mitglied zu sein, sich durch abgeschriebene Verluste vermindert habe, nicht einließ, vielmehr der Genossenschaft das Recht zur Vornahme solcher Abschreibungen gänzlich absprach, die Grundsätze der Materie, insbesondere die Bestimmungen der §§. 9, 10, 12, 38, 39 des bezogenen Gesetzes vom 4. Juli 1868 verletzt hat;

Aus diesen Gründen

cassirt das Reichs-O.-H.-G., 2. Senat, das Urtheil des Königl. Preuß. Handelsgerichtes zu Elberfeld vom 11. Mai 1872, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten, sowie die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder und legt dem Cassationsbeklagten die Kosten des gegenwärtigen Verfahrens zur Last, verweist sodann die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Königl. Handelsgericht zu Barmen.

Reichs-Ober-Handels-Gericht. Oeffentl. Sitzung (II. Senat) 18. Dezember 1872.

Ref.: H. R. O. H. G. R. Dr. Schmitz.
Concl.: H. R. O. H. G. R. Dr. Barth.
Rechts-Anwalt: Mecke — Prof. Dr. Nissen.

Verantwortlichkeit des Redakteurs. — Thatsächliche Feststellung. — Pflicht des Verlegers zur Namhaftmachung des Verfassers oder Herausgebers eines strafbaren Artikels.

Das Gesetz über die Presse vom 12. Mai 1851 bestimmt nicht, daß der Redakteur einer Zeitung, welcher sich weigert,

Digitized by Google

den Verfasser eines in derselben enthaltenen strafbaren Artikels zu nennen, selbst als Verfasser zu fingiren ist. Der Redakteur ist vielmehr mit Ausnahme des im §. 37 jenes Gesetzes vorgesehenen Falles nach den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen verantwortlich und darf ohne Verletzung des §. 131 des Straf-G.-B. auch als Theilnehmer nach §. 49 ibidem angesehen werden.

Die Feststellung des Instanzrichters, daß Aeußerungen nicht blos ein Urtheil oder eine Kritik, sondern nach Maßgabe des §. 131 des Straf-G.-B. eine Behauptnng von Thatsachen enthalten, daß die behaupteten Thatsachen als entstellte anzusehen und mit dem Bewußtsein, daß sie entstellt seien, behauptet oder verbreitet sind, ist thatsächtlicher Natur und kann im Wege des Cassations-Rekurses nur dann mit Erfolg angegriffen werden, wenn dieselbe auf einem Rechtsirrthum beruht oder den Thatbestand des §. 131 des Straf-G.-B. nicht erschöpft.

Der Verleger einer Zeitung ist durch §. 35 des Preßgesetzes selbst dann verpflichtet, den Verfasser oder Herausgeber eines strafbaren Artikels nachzuweisen, wenn andere Personen nach allgemeinen Grundsätzen zwar nicht als Urheber, aber doch als Theilnehmer zur gerichtlichen Verantwortung gezogen werden.

Der Redakteur H. und die Verleger D. u. Cons. der Coblenzer Volkszeitung wurden unter folgenden Beschuldigungen vor das Zuchtpolizeigericht zu Coblenz gestellt:

Der erstere: „Durch einen in Nro. 78 der von ihm redigirten Coblenzer Volkszeitung vom 5. April 1872 aufgenommenen Artikel, bezeichnet: †† Vom Rhein, 3. April . . . . . erdichtete und entstellte Thatsachen, wissend, daß sie erdichtet oder entstellt sind, öffentlich behauptet und verbreitet zu haben, um dadurch Staatseinrichtungen und Anordnungen der Obrigkeit verächtlich zu machen;"

Die Verleger: „als Verleger der Coblenzer Volkszeitung der Vorschrift des §. 35a des Preßgesetzes vom 12. Mai 1851 zuwider bei ihrer ersten gerichtlichen Vernehmung den Verfasser und Herausgeber des in Rede stehenden incriminirten Artikels in Nro. 78 der fraglichen Zeitung vom 5. April 1872 nicht nachgewiesen zu haben."

Das Zuchtpolizeigericht erwog in seinem Urtheile vom 10. Juni 1872, daß der Redakteur zugebe, den incriminirten Artikel, welcher ihm von einer Person, die er nicht nennen wolle, zugesandt sei, geprüft und durch Aufnahme in das genannte Blatt öffentlich verbreitet zu haben, und stellte in längerer Ausführung thatsächlich fest, daß ihm gegenüber sämmtliche Kriterien des §. 131 des Straf-G.-B. vorhanden seien. Bezüglich der übrigen Beschuldigten wurde einfach darauf hingewiesen, daß sie als

Digitized by Google

Verleger der Coblenzer Volkszeitung sich geweigert haben, den Verfasser des ꝛc. Artikels zu nennen Demgemäß erklärte das Zuchtpolizeigericht den Redakteuer sowie die Verleger nach dem Inhalte der Beschuldigung für überführt und verurtheilte jenen nach §. 131 des Straf-G.-B. zu einer Gefängnißstrafe von 4 Wochen, jeden der übrigen Beschuldigten auf Grund des §. 35 des Preßgesetzes zu einer Geldbuße von 25 Thlr., event. zu einer Gefängnißstrafe von 4 Wochen.

Auf die von sämmtlichen Beschuldigten eingelegte Appellation erklärte die Zuchtpolizei-Appellkammer des besagten Landgerichts durch Urtheil vom 22. Juli 1872 den Redakteur nur für überführt:

> „Dem Verfasser des in Nro. 78 der Coblenzer Volkszeitung ꝛc. enthaltenen Artikels, in welchem entstellte Thatsachen, wissend, daß sie entstellt waren, öffentlich behauptet und verbreitet worden, um dadurch Anordnungen der Regierungen verächtlich zu machen durch Aufnahme dieses Artikels in die Coblenzer Volkszeitung wissentlich Hülfe geleistet zu haben"

und verurtheilte ihn unter Freisprechung von der übrigen Beschuldigung zu einer Gefängnißstrafe von 14 Tagen, erklärte dagegen die Verleger des denselben zur Last gelegten Vergehens für nicht überführt und sprach dieselben frei.

Die Gründe dieser Entscheidung sind im Wesentlichen folgende: Zunächst bezüglich des Redakteurs H. wurde in Erwägung gezogen, daß weder in der 1. noch in der 2. Instanz der Nachweis geliefert worden, daß derselbe der Verfasser des incriminirten Artikels sei, weshalb zuvörderst nur die Frage zur Prüfung unterliege, inwiefern er im Sinne des §. 49 des Straf-G.-B. und des §. 34 des Preßgesetzes einer strafbaren Theilnahme sich schuldig gemacht habe. In dieser Beziehung verabrede derselbe nicht, die Veröffentlichung jenes Artikels unter völliger Kenntniß des Inhaltes desselben bewirkt zu haben und hierin sei eine strafbare Hülfeleistung oder Theilnahme zu finden, weil der Artikel selbst die Merkmale des im §. 131 des Straf-G.-B. definirten Vergehens an sich trage. Mit Rücksicht auf die Berufung der Verleger wurde sodann ausgeführt, daß nach der Entstehungs-Geschichte des Gesetzes vom 12. Mai 1851 das früher der Presse gegenüber aufgestellte System insofern verlassen worden sei, als der Grundsatz eine strengere Durchführung erhalten habe, daß nur derjenige für ein durch eine Druckschrift begangenes Verbrechen oder Vergehen verantwortlich gemacht werden könne, welcher bei demselben im allgemeinen strafrechtlichen Sinne als Urheber oder Theilnehmer mitgewirkt habe. Jedoch habe die Rücksicht auf die besondere Natur der Presse es befürwortet, eine Ausnahme da zu statuiren und eine Ordnungsstrafe zu verhängen, wo der Herausgeber, Verleger oder Drucker, wenn er nicht Urheber und Theilnehmer sei, bei Entstehung oder Verbreitung eines strafbaren Preßerzeugnisses zum Mindesten diejenige Vorsicht außer Acht gelassen, welche die Wichtigkeit seiner Stellung ihm zur Pflicht mache. Die frühere Gesetzgebung habe nun ausdrücklich die Reihenfolge der verantwortlichen Personen bezeichnet und festgestellt, daß, insofern eine in derselben vorstehende Person bekannt und im Bereiche der richterlichen Gewalt des Staates sei, keine der nachstehenden verfolgt werden dürfe. Diese Aufstellung einer Reihenfolge der Verantwortlichen sei allerdings in dem gegenwärtig geltenden Preßgesetze nicht wiederholt, gleichwohl, soweit es sich um die Verhängung einer Ordnungsstrafe handle,

Digitized by Google

auch dem Geiste dieses Gesetzes und dem Wortlaut der §§. 35. ff. entsprechend, da der Vorwurf eines Mangels an Vorsicht dann zerfalle, wenn in der Person eines Vordermannes der prinzipaliter Schuldige genannt und dem Gerichte erreichbar sei. Indem nun aber im vorliegenden Falle in der Person des Redakteurs H. derjenige gefunden sei, welcher wegen des strafbaren Inhalts des fraglichen Artikels wenn nicht als Urheber, so doch als Theilnehmer zur Verantwortung gezogen werden konnte, so hätten die Verleger mit Recht darüber Beschwerde geführt, daß gegen sie eine Strafe erkannt worden sei.

Gegen dieses Urtheil ist sowohl von dem Redakteur H. wie von dem öffentlichen Ministerium, von letzterem wegen Freisprechung der Verleger, rechtzeitig der Cassations-Rekurs ergriffen worden.

In dem Cassations-Rekurse des Redakteurs H. wurde ausgeführt, daß die Annahme des angefochtenen Urtheils, wonach er nicht als Thäter, sondern als Theilnehmer angesehen werde, rechtsirrthümlich sei. Der Redakteur, welcher den wirklichen Verfasser zu nennen verweigere, gelte vor dem Gesetze selbst als Verfasser. Zudem sei nach §. 131 des Straf-G.-B. nicht bloß der, welcher entstellte Thatsachen behaupte, sondern auch, wer solche verbreite, strafbar, so daß also H. nur als Thäter habe angesehen werden können und das Vorhandensein der Kriterien des §. 131 des Straf-G.-B. ihm, und nicht dem unbekannten Verfasser gegenüber habe festgestellt werden müssen. Sodann wird nachzuweisen versucht, daß der Thatbestand des §. 131 des Straf-G.-B. in dem incriminirten Artikel nicht zu finden sei.

Der Antrag geht dahin das Appellations-Urtheil zu vernichten.

Der Cassations-Rekurs des öffentlichen Ministeriums war gegen die Freisprechung der Verleger gerichtet, und auf Verletzung des §. 35 des Preßgesetzes gestützt. Es wurde ausgeführt, daß der Verleger sich nur durch Angabe des Verfassers oder Herausgebers von der Strafbarkeit befreien könne. In casu sei der Redakteur, wie feststehe, nicht der Verfasser und ebensowenig der Herausgeber, der als derjenige gelte, welcher den Artikel zur Aufnahme eingesandt habe. Daß der Redakteur sich durch diese Aufnahme noch besonders als Theilnehmer an dem Vergehen des Verfassers schuldig gemacht, könne den Verleger von der Verpflichtung, den Verfasser zu benennen, nicht befreien. Die Theorie des angefochtenen Erkenntnisses würde dahin führen, daß bei Zeitungen der §. 35 nie zur Anwendung gelange, da bei solchen stets ein für den Inhalt strafrechtlich verantwortlicher Redakteur vorhanden sei.

Beantragt war die Vernichtung des Appellations-Urtheils in dieser Richtung.

Urtheil.

In E. auf den Cassations-Rekurs des Beschuldigten H., daß das Gesetz über die Presse vom 12. Mai 1851 nirgend, wie der Cassationskläger behauptet, an die Weigerung des Redakteurs einer Zeitung, den Verfasser eines in derselben enthaltenen strafbaren Artikels zu nennen, die Folge geknüpft hat, daß nun gewissermaßen kraft einer Fiktion der Redakteur als Verfasser dieses Artikels, und nur als solcher angesehen werden solle;

Daß vielmehr mit Ausnahme des im §. 37 des Preßgesetzes vorgesehenen Falles die Verantwortlichkeit des Redakteurs für die Delikte

Digitized by Google

welche mittelst des von ihm redigirten Blattes begangen sind, nach den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen ist;

Daß, wenn nun das angefochtene Urtheil, von der Feststellung ausgehend, daß der Cassationskläger nicht der Verfasser des incriminirten Artikels sei, denselben der Theilnahme an dem durch diesen Artikel verübten Vergehen für überführt erklärt hat, durch diese Entscheidung die Vorschriften des Preßgesetzes weder verkannt noch unrichtig angewendet sind;

Daß zwar der §. 131 des Straf-G.-B. nicht bloß denjenigen, welcher die dort näher charakterisirten Thatsachen öffentlich behauptet, sondern auch den Verbreiter derselben als Urheber des dort vorgesehenen Vergehens bezeichnet;

Daß aber hierdurch nicht ausgeschlossen ist, daß der Redakteur einer Zeitung, nach Maßgabe der im einzelnen Falle gegen ihn festgestellten Handlungen nicht als Urheber oder Miturheber dieses Vergehens, sondern als Theilnehmer an demselben nach §. 49 des Straf-G.-B. ohne Rechtsirrthum angesehen werden kann;

J. E., daß die Stellen des incriminirten Artikels, welche nach der Anschauung des angefochtenen Urtheils die Behauptung entstellter Thatsachen enthalten, in dem gedachten Urtheil einzeln und in genügender Weise angegeben sind;

Daß aber die Entscheidung der Frage: ob diese Stellen eine Behauptung von Thatsachen, oder nur ein Urtheil, oder eine Kritik enthalten, ob ferner die behaupteten Thatsachen als entstellte anzusehen, und ob sie mit dem Bewußtsein, daß sie entstellt seien, behauptet oder verbreitet sind, lediglich faktischer Natur ist, und daher im Wege des Cassations-Rekurses nur dann mit Erfolg angegriffen werden kann, wenn die erfolgte thatsächliche Feststellung auf einem Rechtsirrthum beruht oder den Thatbestand des im §. 131 vorgesehenen Vergehens nicht erschöpft;

Daß .... die thatbestandlichen Momente des §. 131 in genügender Weise festgestellt sind;

Daß also der Cassations-Rekurs des Beschuldigten H. als unbegründet zu verwerfen ist;

J. E., auf den von der Staats-Anwaltschaft eingelegten Cassations-Rekurs;

Daß der §. 35 des Preßgesetzes den Verleger einer Zeitung, was hier allein in Frage steht, falls mittelst derselben ein Preßdelict begangen worden ist, und er nicht als Urheber oder Theilnehmer strafbar erscheint, mit Strafe bedroht, wenn er nicht den Verfasser oder Herausgeber des strafbaren Artikels nachweist, oder derselbe, was diesem gleich zu achten, nicht bereits anderweitig bekannt ist;

Daß der Grund der Strafbarkeit in diesem Falle nicht wie in der früheren Verordnung vom 30. Juni 1849 §. 12 auf der Fiction einer Schuld oder Mitschuld an dem strafbaren Inhalt des Preßerzeugnisses beruht, welche durch das Vorhandensein einer der Verübung des Vergehens näher stehenden Person beseitigt wurde;

Daß vielmehr in dem Falle des §. 35 des Gesetzes vom 12. Mai 1851 der Grund der Strafbarkeit in dem Mangel an Vorsicht besteht, welchen der Verleger bei Ausübung seines Gewerbes an den Tag gelegt hat;

Daß der Zweck dieser Bestimmung wesentlich dahin gerichtet ist, durch diese Strafandrohung die Mitwirkung des Verlegers zur Ermittelung des eigentlichen Urhebers des begangenen Vergehens herbeizuführen;

Digitized by Google

J. E., daß aber die gedachte Vorschrift des §. 35 nicht dahin auszudehnen ist, daß die Strafbarkeit des Verlegers auch schon dann cessirt, wenn nicht der Verfasser oder Herausgeber, sondern andere für das Vergehen als Theilnehmer an demselben nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen verantwortliche Personen nachgewiesen werden oder bekannt sind;

Daß schon die bestimmte Wortfassung des §. 35 lit. a „Verfasser oder Herausgeber" einer solchen ausgedehnten Erklärung widerspricht;

Daß auch dem Verleger vermöge seiner gewerblichen Stellung nur die Verpflichtung auferlegt werden könnte, sich von der Person des Verfassers oder Herausgebers, nicht aber von der Person sonstiger Theilnehmer an dem durch das Preßerzeugniß verübten Vergehen Kenntniß zu verschaffen;

Daß als die Urheber der Preßdelicte, welche durch einen in einer Zeitung enthaltenen Artikel begangen sind, einestheils der Verfasser des letztern, und anderntheils der Herausgeber, welcher den Artikel der Zeitung zum Abdruck zugeführt hat, anzusehen sind, und also die Ermittelung gerade dieser Personen den Zweck der Vorschrift des §. 35 des Preßgesetzes bildet;

Daß daher das Urtheil der Zuchtpolizei-Appellations-Kammer zu Coblenz, indem es, obgleich weder der Verfasser noch der Herausgeber des incriminirten Artikels von den Cassations-Verklagten nachgewiesen, oder sonst bekannt waren, die Strafbestimmung des §. 35 des Gesetzes über die Presse gegen dieselben aus dem Grunde für nicht anwendbar erachtet hat, weil in der Person des Redakteurs H. derjenige gefunden sei, welcher wegen des strafbaren Inhalts dieses Artikels zwar nicht als Urheber, aber doch als Theilnehmer zur Verantwortung habe gezogen werden können, den gedachten §. 35 verletzt hat und daher der Cassation unterliegt;

Aus diesen Gründen

verwirft das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, 2. Abtheilung, den von dem Redakteur der Coblenzer Volkszeitung, ꝛc. H., gegen das Urtheil der Zuchtpolizei-Appellations-Kammer zu Coblenz vom 22. Juli 1872 eingelegten Cassationsrecurs;

Cassirt dagegen, auf den von der Staats-Anwaltschaft gegen dieses Urtheil eingelegten Cassationsrekurs, das Urtheil der Zuchtpolizei-Appellations-Kammer zu Coblenz vom 22. Juli 1872, soweit dasselbe die Verleger der Coblenzer Volkszeitung, ꝛc. D. u. Conf., betrifft, und verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des cassirten;

Verwirft sodann, an Stelle der Zuchtpolizei-Appellations-Kammer zu Coblenz erkennend, die gegen das Urtheil der Zuchtpolizei-Kammer des Königl. Landgerichts zu Coblenz vom 10. Juni 1872 von den jetzigen Cassationsverklagten eingelegte Berufung.

Sitzung vom 19. Dezember 1872.

Ref.: Ob.-Tr.-Rath Bierhaus.

Concl.: Ob.-St.-Anw. Dr. Oppenhof.

Gewerbebetrieb im Umherziehen. — Kriterium der Selbstständigkeit desselben. — Legitimationsschein. — Schauspieler. — Gewerbegehülfen.

Die in dem 3. Titel der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 über den Gewerbebetrieb im Umherziehen mit

Digitized by Google

enthaltenen Vorschriften finden nur auf einen selbstständigen, d. h. denjenigen Gewerbebetrieb dieser Art Anwendung, welcher von der betreffenden Person unter eigener Verantwortlichkeit und für eigene Rechnung ausgeübt wird.

(§§. 41 u. 55 der Gewerbeordnung v. 21. Juni 1869.) Nicht ortsangehörige Schauspieler, welche von einem Schauspiel-Unternehmer, der an einem Orte ein stehendes Gewerbe als solcher mit Erlaubniß treibt, gegen einen bestimmten monatlichen Lohn engagirt sind, und bei demselben auftreten, treiben kein selbstständiges Gewerbe im Umherziehen, sondern sind nur Gehülfen jenes Schauspiel-Unternehmers und bedürfen als solche keines Legitimationsscheines.

Der Wirth F. zu Elberfeld hat unter dem 19. Mai 1870 die Erlaubniß zum Betriebe des Gewerbes eines Schauspielunternehmens für den Stadtbezirk in Gemäßheit des §. 32 der Gewerbeordnung erhalten, betreibt also ein stehendes Gewerbe. Derselbe hat durch Verträge vom 12. resp. 17. November 1871 die A. aus St. und die L. aus A. als Liedersängerinnen gegen ein monatliches Honorar von 45 Thlr. auf die Dauer von 3 resp. 4½ Monaten engagirt. Beide sind in Elberfeld polizeilich angemeldet und bezahlen dort Steuern. — F. zahlt Gewerbesteuer mit 20 Thlr. nebst 120 Thlr. Armenabgaben.

Die Königl. Regierung zu Düsseldorf war der Ansicht, daß der Gewerbebetrieb dieser Sängerinnen als ein Gewerbebetrieb im Umherziehen nach Maßgabe des §. 59 der Gewerbeordnung anzusehen sei und es deßhalb sowohl der Lösung eines Legitimationsscheines wie eines steuerpflichtigen Gewerbescheines bedürfe; sie verurtheilte demzufolge durch Resolut vom 27. Januar 1872 eine jede von beiden wegen Kontravention gegen §§. 2, 6, 18, 26 des Hausirregulativs zu einer ermäßigten Strafe von 5 Thlr., und zur Nachzahlung der Steuer von 8 Thlr. 12 Sgr.

Die Königl. Regierung stützte, wie sich aus der auf die Beschwerde des Wirthes F. ergangenen Verfügung vom 29. März 1872 ergab, ihre Ansicht darauf, daß die beiden, in seinem Restaurationslocale auftretenden Sängerinnen, wenngleich sie allerdings sich zum Aufenthalte in Elberfeld polizeilich angemeldet hätten, auch dort eine Wohnung resp. ein Unterkommen besäßen und zur Klassensteuer sowie zur Gemeindesteuer herangezogen worden seien, gleichwohl in Elberfeld sich nicht gewerblich niedergelassen, d. h. nicht daselbst ein stehendes Gewerbe begründet hätten. Nur die gewerbliche Niederlassung, resp. die Begründung eines stehenden Gewerbes könne aber neben den sonstigen bezüglichen Erfordernissen gemäß §. 55 und §. 59 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 die dort genannten Gewerbetreibenden von der Verpflichtung zur Lösung eines Legitimations- und Gewerbescheines befreien. Mit Unrecht werde geltend gemacht, daß den beiden Sängerinnen eine derartige Verpflichtung schon um deßwillen nicht obliege, weil sie als Gehülfen des Wirthes F. in seiner Eigenschaft als Theater-Unternehmer im Sinne des §. 41 der Gewerbeordnung anzusehen seien, wie dieses auch von den Ministern der

Digitized by Google

Finanzen und des Innern in der Verfügung vom 16. Oktober 1871*) ausgesprochen sei.

Gegen das Strafresolut von 27. Januar 1872 procedirten beide Condemnaten auf gerichtliche Entscheidung und wurden in Folge dessen vor die Zuchtpolizeikammer des Landgerichts zu Elberfeld gestellt unter der Beschuldigung:

> Im Jahre 1871 im Inlande an einem Orte vorübergehend und ohne Begründung eines stehenden Gewerbes, ohne polizeiliche Erlaubniß und Legitimationsschein, mit Umgehung der Steuergesetze Gesangvorträge öffentlich gehalten zu haben.

Die Zuchtpolizeikammer erkannte am 10. Juli 1872 auf Freisprechung, weil die Beschuldigten ihre Leistungen nicht selbstständig und für ihre Person, nicht im Umherziehen oder vorübergehend dargeboten, sondern dem zur selbstständigen Führung eines Theaterunternehmens berechtigten F. in Dienst gegeben hätten und damit im Sinne des §. 41 der Gewerbeordnung als zu dem Hülfspersonal desselben gehörig anzusehen seien, vermittelst dessen F. sein Unternehmen zur Ausführung bringe.

Die Seitens des öffentlichen Ministeriums eingelegte Berufung wurde durch Urtheil der Zuchtpolizei-Appellationskammer vom 10. September 1872 lediglich aus den Gründen des ersten Richters verworfen.

Gegen diese Entscheidung ist seitens des öffentlichen Ministeriums an demselben Tage der Cassationsrekurs angemeldet und den Cassations-

---

*) Diese Verfügung lautet:

Berlin, den 16. Oktober 1871.

Auf den in Betreff der Beschwerde mehrerer Theaterunternehmer in Barmen wegen Heranziehung der in ihren Lokalen auftretenden Personen zur Gewerbesteuer vom 24. Mai d. J. erstatteten Bericht gereicht der Königl. Regierung zum Bescheide, daß nach §. 55 der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869 Gewerbetreibende, welche außerhalb ihres Wohnortes, ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung in eigener Person gewerbliche oder künstlerische Leistungen oder Schaustellungen, bei denen ein höheres wissenschaftliches oder Kunstinteresse nicht obwaltet, feilbieten, eines Legitimations- beziehungsweise Gewerbescheines bedürfen. Hiervon sind sie selbst dann nicht befreit, wenn sie vorübergehend ihre Dienste an concessionirte Theater-Unternehmer vermiethen.

Wir treten daher der in der Circular-Verfügung an sämmtliche Landräthe vom 3. Februar d. J. ausgesprochenen Ansicht dahin bei, daß fremde d. h. nicht ortsangehörige Schauspieler, Sänger, Musiker ꝛc. auch in dem Falle eines Legitimations- beziehungsweise Gewerbescheines bedürfen, wenn sie auf Grund eines „Engagements" mit dem Unternehmer eines stehenden Gewerbes in dessen Lokal und für dessen Rechnung „vorübergehend" sich produziren.

Der Finanzminister
ꝛc. Camphausen

Der Minister des Innern
J. V.
ꝛc. Bitter.

An die Königl. Regierung zu Düsseldorf.

Digitized by Google

Verklagten am 29. Oktober pr. zugestellt worden. Der Ober-Prokurator bemerkt in seinem Einsendungsberichte, daß er zwar die Anschauung, von welcher die Instanzrichter ausgegangen seien, für richtig erachte, indessen mit Rücksicht auf die entgegengesetzte Ansicht der Verwaltungs-Behörden, welche in den oben erwähnten Rescripten ausgeführt sei, die Einlegung des Cassationsrekurses für geboten erachtet habe.

Urtheil.

J. E., daß die in dem 3. Titel der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 über den Gewerbebetrieb im Umherziehen enthaltenen Vorschriften nur auf einen selbstständigen Gewerbebetrieb dieser Art Anwendung finden, §§. 14, 55, 62 l. c.

Daß diese Selbstständigkeit durch das Zusammentreffen der beiden Kriterien bedingt ist, daß das Gewerbe von der betreffenden Person unter eigener Verantwortlichkeit und für eigene Rechnung betrieben wird;

Daß dieselbe daher in den Fällen ausgeschlossen ist, in welchen nicht demjenigen, welcher das Gewerbe thatsächlich ausübt, sondern einem Andern in Folge eines zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnisses das Recht auf den durch die gewerblichen Leistungen als Aequivalent derselben erzielten Vermögensvortheil zusteht;

Daß nun im vorliegenden Falle thatsächlich feststeht, daß die Cassations-Verklagten von dem Schauspiel-Unternehmer F. auf die Dauer von mehreren Monaten als Sängerinnen engagirt sind, und für ihre Leistungen nicht etwa den Ertrag der Schaustellungen ganz oder theilweise erhalten, sondern für dieselben einen bestimmten monatlichen Lohn von dem F. beziehen;

Daß nach Vorstehendem die Cassations-Verklagten ihr Gewerbe in Elberfeld zwar ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung daselbst, aber nicht selbstständig betrieben haben, vielmehr nur als Gehülfinnen des F. anzusehen sind;

Daß der letztere sein Gewerbe als Schauspiel-Unternehmer als stehendes Gewerbe nnd nicht im Umherziehen betreibt, mithin das Recht besitzt, Gehülfen zu haben, §. 41 der Gew.-Ordn., auch selbst also weder legitimations- noch gewerbsscheinspflichtig ist, und mithin die Frage, ob bei einem im Umherziehen betriebenen Gewerbe die Gehülfen eines Legitimationsscheins bedürfen, nicht in Betracht kommt;

Daß also die §§. 55 und 41 der Gewerbe-Ordnung vom 21. Juni 1864 nicht verletzt sind;

Aus diesen Gründeu

verwirft das Königl. Ob.-Tribunal, Senat für Strafsachen, 2. Abtheilung, den von der Staats-Anwaltschaft gegen das Urtheil der Zuchtpolizei-Appellationskammer des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 10. September 1872 eingelegten Cassationsrekurs.

Sitzung vom 2. Januar 1873.

Ref.: Ob.-Trib.-Rath Bierhaus.

Concl. Ob.-St.-Anw. Oppenhof.

Digitized by Google

Falliment. — Concordat. — Faustpfand. — Hypothekar- und privilegirte Gläubiger. — Briefliche Benachrichtigung.

Die in Art. 502 des Rhein. H.-G.-B. vorgeschriebene briefliche Benachrichtigung des Gläubiger gehört zu den wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens, von deren Erfüllung die Zulässigkeit eines Concordat-Abschlusses bedingt ist.

Diese Benachrichtigung muß an alle Gläubiger ohne Unterschied, ob sie bloß chirographarische, Faustpfand-, hypothekarische oder privilegirte Gläubiger sind, erfolgen.

Die Homologation des Concordats durch das Handelsgericht macht dasselbe nur für diejenigen Gläubiger des Falliten verbindlich, welche zu dem Fallimentsverfahren zugezogen werden mußten, und rite in Gemäßheit des Art. 502 zugezogen sind.

Sparkasse zu Rheydt — Beines.

Laut einer vor Notar Herf zu Rheydt am 8. Januar 1859 aufgenommenen Obligation hat der heutige Cassationsverklagte ein zu 5% verzinsliches Darlehn im Betrage von 1500 Thalern von der Cassations-Klägerin erhalten und der Gläubigerin denjenigen Rest-Kaufpreis im Betrage von 2300 Thalern zum Faustpfande bestellt, welchen ihm die Eheleute Joseph Litges, Ackerer und Margaretha Lorenz zu Karst, zufolge eines vor Notar Roosen zu Gladbach am 23. Mai 1857 aufgenommenen Kaufvertrages verschuldeten, zu welchem Zwecke die betreffende Urkunde dem Beauftragten der Sparkasse übergeben wurde.

Beines gerieth in Fallimentszustand; es gelang ihm aber, mit der Gläubigerschaft ein am 19. November 1869 von dem Königlichen Handelsgerichte zu Gladbach homologirtes Concordat abzuschließen, in Folge dessen ihm fünf und achtzig Prozent seiner Passiva nachgelassen und er nur verpflichtet wurde, fünfzehn Prozent an seine Gläubiger zu entrichten. Es constirt nicht, ob die heutige Cassationsklägerin in diesem Falliment ihre Forderung angemeldet hat, und ob sie, außer den öffentlichen Aufforderungen durch die Zeitungen, auch eine briefliche Einladung hierzu erhalten hat. In dieser Lage der Sache ließ die jetzige Cassationsklägerin am 1. Januar 1871 Zahlungsbefehl unter Androhung der Mobiliarpfändung auf die Hauptsumme von fünfzehnhundert Thalern nebst Zinsen zustellen, ließ ferner am 15. Mai ejusdem zur Mobiliarpfändung schreiten, nachdem bereits am 7. Februar desselben Jahres ein weiterer Zahlungsbefehl auf Subhastation zugestellt worden war, und bestimmte den 3. Juni zur öffentlichen Versteigerung der abgepfändeten Mobilien, wogegen Beines am 2. desselben Monats Opposition gegen die gedachten Executionsakte einlegte, und auch die concordatsmäßigen 15% an den instrumentirenden Gerichtsvollzieher zahlte. Die Opposition wurde darauf gestützt, daß der ursprüngliche Schuldtitel vom 8. Januar 1859 — abgesehen von dem Faustpfande — jetzt nicht mehr für den eingeforderten

Digitized by Google

Betrag angerufen werden könne, da sein Concordat zu 15% abgeschlossen und dasselbe durch das Homologations-Urtheil vom 19. November 1869 für seine sämmtliche Gläubiger als verbindlich erklärt worden sei. Die Oppositin beantragte dagegen die kostenfällige Abweisung der Opposition, weil die Forderung der Sparkasse eine privilegirte sei und weil die Sparkasse niemals zu dem Falliments-Verfahren zugezogen, nicht zur Anmeldung ihrer Forderung aufgefordert worden und das angebliche Concordat sie deßhalb nicht treffe.

Das Königliche Landgericht zu Düsseldorf verwarf auch durch Urtheil vom 12. Juli 1871 die eingelegte Opposition, indem es im Wesentlichen davon ausging, daß das Concordat vom November 1869 für die Oppositin nur dann verbindlich sein würde, wenn sie dabei mitgewirkt hätte, oder in Gemäßheit des Art. 502 des Rhein. Handelsgesetzbuchs brieflich dazu aufgefordert worden wäre, was nicht erwiesen sei, indem die bloße öffentliche Benachrichtigung durch die Zeitungen nicht genüge, die Wirksamkeit des Concordats der Oppositin gegenüber zu begründen.

Auf eingelegte Berufung hat der Rheinische Appellations-Gerichtshof zu Köln durch Urtheil vom 30. Januar 1872 das landgerichtliche Urtheil, die Zahlungsbefehle vom 7. Januar und 7. Februar 1871, sowie die Mobiliarpfändung vom 15. Mai desselben Jahres aufgehoben und die Sparkasse in die Kosten beider Instanzen verurtheilt.

Die Gründe dieses Urtheils lauten:

„J. E., daß die appellatische Sparkasse, als Faustpfandgläubigerin des Appellanten, nach Art. 520 des Rheinischen Handelsgesetzbuchs nicht befugt war, an der Berathung und Abstimmung über das von demselben mit seinen Gläubigern am 10. November 1869 abgeschlossene und am 19. desselben Monats von dem Königlichen Handelsgerichte zu Gladbach homologirte Concordat Antheil zu nehmen, sie also auch dann, wenn sie brieflich von dem Syndik des appellantischen Falliments zur Anmeldung ihrer Forderung aufgefordert worden wäre, nicht in der Lage gewesen sein würde, das unter Nachlaß von 85% vereinbarte Concordat zu verhindern;"

„Daß schon deßhalb ihre Behauptung, daß das Concordat wegen unterlassener brieflicher Aufforderung für sie nicht verbindlich sei, zerfällt, das Concordat vielmehr in Folge der Homologation zufolge Art. 524 a. a. O. für alle Gläubiger des Falliten, soweit sie nicht aus Objekten, welche ihnen hypothekarisch oder pfandweise haften, Befriedigung suchen und erlangen, verbindlich geworden ist, und die Sparkasse daher dasselbe auch gegen sich gelten lassen muß;"

„Daß daher die Appellatin, wo sie, wie hier, als Chirographar-Gläubigerin auftritt, eine Execution in die Mobilien des Appellanten nur bis zum Betrag der concordatmäßigen Summe, nicht aber für die dem Appellanten durch das Concordat nachgelassenen 85% ihrer Forderung geltend machen und zur Vollstreckung bringen kann;"

„Daß sohin Appellant beschwert worden ist, daß der erste Richter, nachdem Appellant die Dividende von 15% nebst Zinsen und Kosten des Zahlbefehls vom 7. Januar 1871 dem Gerichtsvollzieher Zimmermann für die appellatische Sparkasse bereits am 12. Juni nämlichen Jahres bezahlt hatte, noch für die dem Appellanten nachgelassenen 85% die Fortsetzung des Executions-Verfahrens in Ansehung der gepfändeten Mobilien gestattet hat ꝛc. ꝛc."

Digitized by Google

Die Sparkasse hat gegen dieses Urtheil rechtzeitig den Cassations-Rekurs eingelegt, welcher als einziges Cassationsmittel die Verletzung der Art. 502, 504, 519, 520 und 524 des Rhein. Handelsgesetzbuchs und der Art. 1119 und 1165 des Bürgerl. Gesetzbuchs behauptet.

Zur Rechtfertigung dieser Behauptung wird Folgendes angeführt:

Der Appellations-Richter scheine selbst anzunehmen, daß, wenn die Sparkasse überhaupt hätte vorgeladen werden müssen, dies auch brieflich geschehen mußte, worüber nach Art. 502 a. a. O. auch kein Zweifel bestehen könne; dieser Artikel schreibe aber auch eben so bestimmt vor, daß alle Gläubiger, als nicht bloß die Chirographar-Gläubiger, sondern auch alle übrigen Kategorien von Gläubigern vorgeladen werden müßten. Nun schreibe aber der Art. 519 bei Strafe der Nichtigkeit vor, daß nicht eher zum Abschluß eines Concordats geschritten werden dürfe, als nach Beobachtung aller Förmlichkeiten des Verfahrens, zu denen zweifellos auch die Förmlichkeit des Art 502 gehöre. Es könne dahin gestellt bleiben, ob der Appellations-Gerichtshof zu weit gehe, wenn er den Hypothekar- und Faustpfandgläubigern die Berechtigung zur Theilnahme an den Berathungen über das Concordat abspreche, da der Art. 520 ihnen nur das Stimmrecht versage; wenn man sie aber auch von allen Concordats-Verhandlungen ausschließen zu dürfen glaube, so folge daraus doch nicht, daß ihre Vorladung zur Verifikation unterbleiben dürfe, denn die Verifikation der Forderungen dieser bevorzugten Gläubiger sei schon um deswillen erforderlich, weil sonst keine Uebersicht über die zu theilende Masse möglich sei, auch die Gültigkeit ihrer Ansprüche einer sofortigen Prüfung nicht unterzogen werden können. Diese Hereinziehung der Sondergläubiger in das Verfahren sei im öffentlichen Interesse erforderlich, namentlich um dem Handelsgerichte die Prüfung der bei der Homologation in Betracht kommenden Fragen, ob Verdacht eines Bankerotts und dergl. vorliege, zu ermöglichen. Die Sondergläubiger könnten auch jeder Zeit auf ihre Vorzugsrechte verzichten, und als Chirographargläubiger auftreten, auch für den Fall, als sie durch ihre Sonderrechte nicht ganz gedeckt würden, hinsichtlich des befürchteten Ausfalls als Chirographargläubiger an den Concordats-Verhandlungen Theil nehmen.

Dies ergebe sich aus dem, vom Appellations-Richter verkannten, Zusammenhange der angeführten Gesetzesstellen. Lege man mit dem vorigen Richter den Art. 524 c. so aus, daß das Concordat auch für die bevorzugten Gläubiger verbindlich sei, so mache dies gerade die Zuziehung der letztern zu den Concordats-Verhandlungen zur Nothwendigkeit. Jedenfalls kommen den nicht zugezogenen Gläubigern die vom vorigen Richter verletzten Vorschriften der Art. 1119 und 1165 des Bürgerl. Gesetzbuchs in der Weise zu Statten, daß wenigstens ihnen gegenüber das Concordat nichtig würde. Uebrigens sei nicht anzuerkennen, daß die Sondergläubiger nur dann an das Concordat gebunden sein sollten, wenn sie wegen eines befürchteten oder eingetretenen Ausfalls bei Verwerthung ihres Pfandes an dem übrigen Vermögen ihres Schuldners ihre Rechte geltend machten; dann, wenn nach Art. 524 die Bestätigung des Concordats dasselbe für alle Gläubiger verbindlich mache, so folge aus der Verbindung mit Art. 520, daß hierunter nur alle Concursgläubiger zu verstehen seien, nämlich sowohl Diejenigen, welche dem Concordat widersprochen, als auch Diejenigen, welche, gehöriger Vorladung ungeachtet, bei der Verhandlung nicht erschienen waren.

Digitized by Google

Von Seiten des Cassations-Verklagten wird im Wesentlichen erwidert: Die Gültigkeit eines Concordats könne wegen unterbliebener brieflicher Einladung eines Gläubigers von diesem höchstens nur dann bestritten werden, wenn er seine Forderung angemeldet und hierdurch den Syndiken als Gläubiger bekannt geworden sei. Uebrigens sei der Vorschrift des Art. 519 al. 1 in dieser Hinsicht vollkommen genügt, wenn die dort vorgeschriebenen öffentlichen Bekanntmachungen erfolgt und diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen angemeldet, soweit es möglich, brieflich eingeladen worden seien. Zudem habe die Cassations-Klägerin das Verfahren wegen Nichtigkeits-Erklärung des Concordats gar nicht anhängig gemacht, sie verlange vielmehr nur, daß das Letztere, ihr gegenüber, nicht für verbindlich erklärt werde. Entscheidend könne daher nur die Frage sein, ob Cassations-Klägerin überhaupt zu den Gläubigern gehört habe, welche hätten vorgeladen werden müssen, da nur dann von der Nothwendigkeit einer brieflichen Vorladung die Rede sein könne. Diese Frage müsse aber entschieden verneint werden, weil das Verifications-Verfahren nur den Zweck habe, die Forderungen derjenigen Gläubiger festzustellen, welche ihre Befriedigung aus der Concursmasse suchten. Zu diesen Gläubigern gehörten aber die Faustpfand- und Hypothekar-Gläubiger so lange nicht, als sie nur aus ihrem Pfand befriedigt sein wollten.

Es berühre sie die im Art. 513 enthaltenen Androhung nicht und ihre briefliche Einladung würde in Beziehung auf die Gültigkeit des Concordats zwecklos sein, da sie bei den hierauf bezüglichen Berathungen keine Stimme hätten. (Art. 520.)

Zwar könnten diese Gläubiger ganz oder theilweise die Eigenschaft von Chirographar-Gläubigern annehmen und sich hierdurch zur Betheiligung an den Verhandlungen über das Concordat, event. den Vereinigungs-Vertrag befähigen, wenn sie auf ihr Vorzugsrecht verzichteten, oder dessen Unzulänglichkeit nachwiesen. Ehe aber das Eine oder das Andere geschehen, blieben sie von den Berathungen der Chirographargläubiger ausgeschlossen und wollten sie später als solche auftreten, so müßten sie sich die Beschlüsse derselben gefallen lassen, ohne einwenden zu können, daß sie dabei nicht mitgewirkt hätten.

Der Art. 524 mache zu Gunsten solcher Gläubiger keine Ausnahme, erkläre vielmehr für alle Gläubiger das Concordat für verbindlich.

Urtheil.

In E., daß der Art. 519 des Rhein. Handels-G.-B. untersagt, ein Concordat zwischen einem Falliten und den berathschlagenden Gläubigern eher abzuschließen, als die vorgeschriebenen Förmlichkeiten erfüllt worden sind;

Daß zu diesen Förmlichkeiten auch die im Art. 502 a. a. O. angeordnete Benachrichtigung an alle Gläubiger, sich binnen vierzehn Tagen, Behufs Anmeldung ihrer Forderungen ꝛc. ꝛc. bei den Syndiken einzufinden, gehört, welche Benachrichtigung sowohl durch öffentliche Blätter, als auch brieflich erfolgen soll;

Daß weder dieser Artikel, noch der vorhergehende Art. 501 einen Unterschied zwischen den vorzuladenden Gläubigern, je nachdem sie bloße chirographarische, oder Faustpfand-, hypothekarische, oder privilegirte Gläubiger sind, aufstellt;

Digitized by Google

Daß mithin die im Art. 502 c. angeordnete Benachrichtigung an sämmtliche Gläubiger, gleichviel, zu welcher Kathegorie sie gehören, erfolgen muß;

Daß die Nothwendigkeit einer Benachrichtigung aller Gläubiger sich schon daraus ergibt, daß ohne dieselbe eine vollständige Uebersicht über den wahren Vermögenszustand des Falliten, wie sie zu einer eingehenden und sachgemäßen Deliberation über ein allenfalls abzuschließendes Concordat erforderlich ist, nicht zu erreichen sein würde, sowie denn auch eine Reihe von Bestimmungen, namentlich in den Art. 533 u. f. 539 u. f. a. a. O. zeigen, daß der Gesetzgeber im Falle des Zustandekommens eines Unions-Vertrages von der Voraussetzung ausgegangen ist, daß die durch Faustpfand oder sonst sicher gestellten Gläubiger ihre Forderungen rechtzeitig angemeldet und deren Verifikation veranlaßt haben — ganz abgesehen davon, daß jeder Sondergläubiger auf das ihm zustehende Vorzugsrecht verzichten und als Chirographargläubiger an dem Falliments-Verfahren sich betheiligen, oder bei der Unzulänglichkeit seines Unterpfandes die Summe bestimmen lassen kann, mit welcher er sich an der Fallitmasse betheiligen will, was alles die vorgängige Anmeldung und Verifikation der Forderung voraussetzt;

Daß die im Art. 502 c. angeordnete brieflich e Benachrichtigung der Gläubiger zu den wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens, von deren Erfüllung die Zulässigkeit eines Concordat-Abschlusses bedingt ist, gerechnet werden muß, weil sie die Stelle einer förmlichen Vorladung vertritt;

Daß die Syndiken zwar zu deren Erfüllung nur dann in der Lage sind, wenn ihnen in dem betreffenden Stadium des Verfahrens die Existenz der Forderungen bekannt ist;

Daß aber, wenn dies der Fall nicht ist, die Schuld davon den Falliten selbst trifft, der gesetzlich verpflichtet ist, alle seine Schulden sowohl in der Bilanz, als auch in seinen Büchern anzuführen und daß er folglich nicht berechtigt sein kann, dem nicht brieflich benachrichtigten Gläubiger die Unbekanntschaft der Syndiken mit seiner Forderung als Einwand entgegen zu setzen;

J. E., daß das angefochtene Urtheil hiernach die Art. 502 und 519 verletzt und den Art. 520 a. a. O. in doppelter Hinsicht unrichtig auslegt und anwendet, einmal in so fern, als es dem Faustpfandgläubiger das Recht abspricht, an den Berathungen über ein mit dem Falliten abzuschließendes Concordat Theil zu nehmen, sodann aber in so fern, als es aus diesem Artikel herleitet, daß ein Faustpfandgläubiger überhaupt nicht zu dem Falliments-Verfahren zugezogen zu werden brauche;

Daß, was den ersten Punkt betrifft, der Art. 520 c. dem Faustpfandgläubiger nur das Stimmrecht bei dem Concordat, nicht aber jede Betheiligung an den Berathungen über dasselbe versagt, wogegen nach dem 1. Abschnitt des VIII. Capitels jeder Gläubiger, dessen Forderung verifizirt und affirmirt ist, also auch der Faustpfandgläubiger, welche demnächst zur Deliberation über ein abzuschließendes Concordat zu schreiten hat, zugezogen werden muß, wobei es ihm selbstverständlich unbenommen bleibt, seine Ansicht und seine Bemerkungen geltend zu machen, wenn auch seine Stimme nicht mitgezählt wird;

Daß sodann, was den zweiten Punkt betrifft, die Frage, ob der Faustpfandgläubiger bei der Deliberation über das Concordat ein Stimm-

Digitized by Google

recht habe, die andere Frage gar nicht berührt, ob er überhaupt zu dem Falliments-Verfahren zuzuziehen sei;

Daß die Nothwendigkeit der Zuziehung der Faustpfand-, Hypothekar- und privilegirten Gläubiger zu dem Falliments-Verfahren bereits Eingangs nachgewiesen ist und daß nach dem zweiten Absatz des Art. 519 c. der Einfluß auf das Zustandekommen eines Concordats nicht verkannt werden kann, den die Verifikation und Affirmation der Forderungen dieser Kathegorien von Gläubigern zur Folge hat;

J. E. endlich, anlangend den Art. 524 a. a. O., daß die Homologation eines Concordats durch das betreffende Handelsgericht dasselbe nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur für diejenigen Gläubiger eines Falliten verbindlich machen kann, welche zu dem Falliments-Verfahren zugezogen werden mußten und auch wirklich rite zugezogen worden sind, was, wie gezeigt, in Beziehung auf die Cassations-Klägerin der Fall nicht ist;

Daß daher der Cassations-Klägerin, obgleich sie hier als bloße Chirographar-Gläubigerin auftritt, und im Wege der Execution ihre Befriedigung aus dem, dem früheren Falliten zurückerstatteten, Vermögen sucht, das Concordat ungeachtet der Homologation desselben mit der Wirkung nicht entgegen gehalten werden kann, daß auch sie den, dem Falliten gewährten Nachlaß von 85% anzuerkennen habe, und sich mit den vereinbarten 15% begnügen müsse;

Daß hiernach das angefochtene Urtheil zu cassiren und das Erkenntniß des ersten Richters wieder herzustellen ist;

Aus diesen Gründen

cassirt das Kgl. Ober-Tribunal, 2. Civil-Senat, (Rheinischer Senat), das Urtheil des Rhein. Appellations-Gerichts-Hofes zu Köln vom 30. Januar 1872, verordnet die Beischreibung des gegenwätigen Urtheils am Rande des cassirten, verfügt die Rückgabe der hinterlegten Strafgelder und legt dem Cassations-Verklagten die Kosten des gegenwärtigen Verfahrens zur Last; und sodann in der Sache selbst an Stelle des Appellations-Gerichtshofes erkennend, verwirft er die von dem jetzigen Cassations-Verklagten gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 13. Juli 1871 eingelegte Berufung und verurtheilt den Appellanten in Strafe und Kosten.

Oeffentl. Sitzung des Königl. Obr.-Trib. (Rhein. Senat.) vom 10. Dezember 1872.

Ref.: H. Ob.-Tr.-Rath Goebel.
Concl.: H. Ob.-St.-Anw. Oppenhof.

Cassations-Recurs. — Zulässigkeit. — Eintragung in das Firmen-Register. — Procura. — Aktien-Gesellschaft.

Der Cassations-Recurs ist gegen die Rathskammerbeschlüsse des Appellations-Gerichtshofes, welche auf die Berufung gegen Rathskammerbeschlüsse des Handelsgerichts über die Verfügung der Eintragung in das Firmen-Register ergangen sind, zulässig.

Digitized by Google

Die autonomische Gestaltung neuer durch die Bedürfnisse des Verkehrs erzeugten Formen in Ansehung der Organisation der Handelsgesellschaften, innerhalb der durch verbietende Gesetze gezogenen Gränzen ist im Zweifel nicht ausgeschlossen.

Die Bestimmung in dem Statute einer Aktien-Gesellschaft, wonach mehreren Personen gemeinschaftlich die Procura ertheilt und zugleich angeordnet wird, daß jede derselben zur Mitzeichnung der Firma per procura im Vereine mit einem Mitgliede des Vorstandes befugt sei, ist daher nicht unzulässig.

Kölnische Wechsler- und Commissionsbank.

Der Vorstand der zu Köln unter dem Namen „Kölnische Wechsler- und Commissionsbank" bestehenden Aktien-Gesellschaft beantragte bei dem Sekretariate des Handelsgerichtes daselbst eine Eintragung in das Handelsregister dahin:

Daß den Beamten der Gesellschaft: Louis Waller und Max Neustift in der Art Procura ertheilt sein solle, daß

1. dieselben berechtigt seien, gemeinschaftlich (collektiv) die Gesellschaft als Procuristen zu vertreten und deren Firma per procura zu zeichnen;
2. jeder derselben, für sich allein zur Mitzeichnung der Firma per procura im Verein mit einem Mitgliede des Vorstandes befugt ist.

Dem Gesuche waren die notariell beglaubigten Unterschriften der betreffenden Personen und außerdem ein Notarialakt beigefügt, worin constatirt war, daß der Vorstand der gedachten Aktien-Gesellschaft auf Grund eines von dem Aufsichtsrathe gefaßten Beschlusses den Gesellschaftsbeamten Louis Waller und Max Neustift die Procura in der oben bezeichneten Weise ertheilt habe.

Die Eintragung der unter 1 angemeldeten Collectiv-Procura erfolgte, die unter 2 begehrte Eintragung wurde dagegen von dem Sekretär beanstandet und demnächst durch Beschluß des Handelsgerichtes vom 6. März 1872 als unzulässig und ungeeignet zurückgewiesen. Die handelsgerichtliche Entscheidung wurde darauf gestützt, daß die in Rede stehende Bestimmung eine unzulässige Beschränkung der Procura enthalte, die nach Art. 43 des Handels-Gesetzbuchs dritten Personen gegenüber ohne rechtliche Wirkung und daher auch nicht geeignet sei, in das Handelsregister eingetragen zu werden.

Die Gesellschaft legte hiergegen Berufung ein, zu deren Rechtfertigung im Wesentlichen geltend gemacht wurde:

Der Königl. Appellations-Gerichtshof zu Köln verwarf unter dem 9. April 1872 die hiergegen von der Gesellschaft eingelegte Berufung aus folgenden Gründen:

„J. E., daß der Paragraph 15 des Statuts der Aktien-Gesellschaft Kölner Wechsler- und Commissionsbank, welcher offenbar die hier in Frage stehende Anmeldung veranlaßt hat, in mehr-

Digitized by Google

facher Beziehung mit den Vorschriften des Handels-Gesetzbuchs nicht in Einklang steht;

Daß, was zunächst die dort vorgesehene Collectiv-Procura betrifft, die Procuristen, wenn sie bei einer Aktien-Gesellschaft bestellt werden mögen, unzweifelhaft Dritten gegenüber nur von dem Vorstand, welcher die Gesellschaft vertritt, zu bestellen sind, nicht von einem überwachenden Aufsichtsrath, daher die Bestimmung des Paragraph 15, welche eine notarielle Ermächtigung zur Procura durch den Aufsichtsrath erfordert, bezüglich der Procura als solcher und im Verhältniß nach Außen als eine dem ausdrücklichen Inhalt des Schlußsatzes des Art. 231 des Handels-G.-B. zuwiderlaufende Beschränkung des Vorstandes ungültig ist;

Daß auf ähnliche Weise eine Zurücknahme und Abmeldung der Procura mit Wirkung gegen Dritte dem Vorstand seiner gesetzlichen Stellung nach zusteht, während es wohl keinem Zweifel unterliegt, daß es dem Sinn und der Absicht des Paragraph 15 des Status nicht entspricht, daß die von dem Aufsichtsrath zur Procura ermächtigten Collectiv-Procuristen von den beiden Vorstandsmitgliedern wieder sollen abberufen werden können;

J. E., daß ferner die Procuristen oder Colletiv-Procuristen einer Aktien-Gesellschaft diese letztere als ihren Principal im Bereich der Procura vertreten und bei den von ihnen abgeschlossenen Geschäften ihre, der Procuristen Willens-Erklärungen Namens der Gesellschaft abgeben und per procura der letzteren zeichnen, keineswegs aber als Procuristen des Vorstandes aufzufassen sind, oder Willenserklärungen des Vorstandes abgeben, und es in der That nach den Begriffen und nach der Sprache unerfindlich ist, wie in Paragraph 15 gesagt werden kann, Rechtsgeschäfte und Erklärungen des Vorstandes seien für die Gesellschaft verbindlich, wenn sie (die Erklärungen des Vorstandes!) mit der Firma der Gesellschaft und mit der Namensunterschrift von zwei zur Procura vom Aufsichtsrath ermächtigten Gesellschaftsbeamten versehen sind;

J. E., daß überhaupt dem Paragraph 15 und der darin sich findenden Zusammenstellung von Procuristen und Mitgliedern des Vorstandes zu Grunde zu liegen scheint, daß unter dem Namen des Vorstandes in Wirklichkeit Angestellte oder Beamte der Gesellschaft gedacht sind, denen der laufende Geschäftsbetrieb im ausgedehntesten Maaße anvertraut ist (Personen, wie sie der Art. 234 des Handels-G.-B. vorsieht), während im Hintergrund wirklicher Vorstand im Sinn des Gesetzes hier der Aufsichtsrath wäre, welcher jenen sogenannten Vorstand ernennen und auch die Procuristen bestellen soll, — eine Auffassung oder Einrichtung, welche eine Umgehung des Handels-G.-B. darstellt, da dem Aufsichtsrath dadurch über seine Stellung als überwachenden Behörde der Gesellschaft hinaus die wesentlichen Rechte des Vorstandes zugeschrieben werden, aber die nach dem Gesetz zur Sicherung der Aktionäre und des Publicums den Rechten des Vorstandes correspondirenden Pflichten und Verantwortlichkeiten, beispielsweise was in den Artikeln 240 und 241 bestimmt ist, von dem Aufsichtsrath ab auf Personen, die er anstellt und absetzt, hingewälzt werden sollen;

Digitized by Google

Daß zur Verdeutlichung, wie in Paragraph 15 die Ermächtigung des Vorstandes ungeachtet ihrer sehr allgemeinen Fassung dem wirklichen Sinne nach nicht als auf alle dem Vorstand einer Aktiengesellschaft als solcher gesetzlich zustehenden Rechte sich erstreckend gedacht ist, als einzelnes hier nahe liegendes Beispiel hervorgehoben werden mag, daß wohl sicher nicht zugegeben würde, daß die beiden Collectiv-Procuristen kraft des Paragraph 15 selbst wiederum ihrerseits Procuristen mit Wirkung gegen Dritten sollten bestellen können, was dem Vorstand einer Aktien-Gesellschaft gesetzlich zusteht;

J. E., daß nun diese verschiedenen Anstände bei der erfolgten Eintragung der Collectiv-Procura außer Betracht bleiben konnten, da die Anmeldung von den Personen geschehen ist, welchen das Statut die Rechte und Pflichten des Vorstandes zuschreibt, diese Procura und ihre Zeichnung auch dem Handels-G.-B. entspricht und nach dessen Regeln behandelt werden kann, und an und für sich mit einer Eigenschaft der Procuristen, Mitglieder des Vorstandes zu sein, oder als solche oder mit solchen zu zeichnen nichts zu schaffen hat;

Daß es sich aber mit der Anmeldung und Eintragung der Procura in der ferneren Weise, welche der angegriffene Beschluß des Handelsgerichts zurückgewiesen hat, anders verhält;

Daß der Inhalt des Paragraph 15 des Statuts und die Thatsache, daß bei der Anmeldung auf einen Beschluß des Aufsichtsraths Bezug genommen ist, erkennen läßt, daß unter dem Namen der Anmeldung und Eintragung einer Procura die Veröffentlichung einer Form, in welcher von dem Vorstand oder an Stelle eines Vorstandsmitgliedes soll gezeichnet werden können, der eigentliche Gegenstand ist, um den es sich handelt;

Daß aber eine Form der Willenserklärungen des Vorstandes nicht zur Kathegorie der Procura gehört und, ihre Zulässigkeit vorausgesetzt in der durch Art. 210 des Handels-G.-B. bestimmten Weise zu veröffentlichen wäre, auch gegen die hier fragliche Form der Willenserklärung des Vorstandes, die bereits oben angedeuteten Anstände bestehen und nicht außer Betracht bleiben können;

Daß, wenn ein Procurist Mitglied des Vorstandes ist und in letzterer Function mit einem Vorstandsmitgliede zeichnet, er nach Vorschrift des Art. 229, Absatz 2 zu zeichnen hat, nicht aber per Procura zeichnen kann, da er unter der gedachten Voraussetzung nicht in der Eigenschaft eines Procuristen der Gesellschaft handelt, auch nicht Procurist des Vorstandes ist;

Daß die Procura hinsichtlich der An- und Abmeldung und hinsichtlich ihres Umfangs gesetzlich an Regeln geknüpft und nach Regeln zu behandeln ist, welche in den hier in Rede stehenden Zusammenhang nicht passen;

Daß die unrichtige Per-procura-Zeichnung irreführend ist, auch in der Verbindung mit der Zeichnung eines Vorstands-Mitgliedes die letztere in die Auffassung bringt, daß sie von einem geschäftsführenden Beamten oder Handlungsbevollmächtigten der

Digitized by Google

Gesellschaft ausgehe, was die Frage nach der Zeichnung eigentlicher Vorstandserklärungen zweifelhaft macht;

Daß, wenn diese Auffassung im Sinne des Statuts vorwaltend wäre, die Anmeldung und Abmeldung im Handelsregister und die darauf bezüglichen Bestimmungen nicht Platz greifen würden, und Veröffentlichungen, sowie in den sonstigen Fällen des Art. 234 des Handels-G.-B. von der Gesellschaft in anderen üblichen Wegen zu geschehen hätten;

J. E., daß aber auch dann, wenn man bei Beurtheilung des angegriffenen Beschlusses lediglich von dem Gesichtspunkt der Anmeldung einer Procura ausgeht, der Anstand des ersten Richters begründet ist, indem das Handels-G.-B. bei dem Institut der Procura, während es eine Collectiv-Procura zuläßt, die Beschränkung des Procuristen durch die Zustimmung oder Mitzeichnung einer anderen Person nicht kennt und durch die von ihm im Interesse der Sicherheit des Publikums an die Stelle der früheren Unbestimmtheiten bei der Procura eingeführte formelle Einfachheit ausschließt;

Daß die Behauptung der Appellantin, durch Art. 43 seien nur objective Beschränkungen ausgeschlossen, mit dem Sinn dieses Artikels und der ganzen Einrichtung des Handels-G.-B. in Betreff der Procura ihrer Anmeldung und Abmeldung und deren Wirkungen in Widerspruch steht;

Daß auch die Procura nach dem Begriff und nach dem Umfang der Funktionen, welche das positive Gesetz an sie knüpft, wesentlich verschieden ist von dem Vorstand mit seinen gesetzlichen Rechten und Pflichten und deßhalb die Zeichnung per procura und die Zeichnung eines Vorstandsmitgliedes nicht auf gleiche Linie gestellt und zu einer hinsichtlich ihres Verständnisses und ihrer Tragweite zweifellosen Collectiv-Zeichnung verbunden werden kann;

Daß im vorliegenden Fall noch besonders hinzukommt, daß auf der einen Seite, wenn dem Paragraph 15 des Statuts entsprochen werden sollte, von der Bestimmung desselben, daß der Procurist seine Ermächtigung durch Notarialakt von dem Aufsichtsrath erhalten müßte, nicht abzusehen wäre, dies Erforderniß aber bei der Procura dritten Personen gegenüber gesetzlich unstatthaft ist, auf der anderen Seite wirklich bei der Eintragung des Statuts der Kölner Wechsler- und Commissionsbank ins Handelsregister unter der Angabe der Form, in welcher der Vorstand seine Willenserklärung kundgebe (Art. 210, letzter Absatz) der ganze von Procuristen sprechende Inhalt des Paragraph 15 des Statuts in den Auszug nicht aufgenommen und nicht veröffentlicht ist (Staatsanzeiger vom 9. Dezember 1871 Nr. 191), mithin gegenwärtig versucht wird, eine Form der Zeichnung, welche die Anerkennung und Veröffentlichung nicht erlangt hat, auf dem Umweg einer qualificirten Procura-Zeichnung aufzubringen, was um so viel weniger angeht, als es bei der gedachten, den Vorstand betreffenden Veröffentlichung einem Vorstandsmitglied nach Außen hin an der Ermächtigung fehlt, einzeln in Gemeinschaft mit einem Procuristen für die Gesellschaft Geschäfte zu schließen und zu zeichnen, mithin

Digitized by Google

das einzelne Vorstandsmitglied in dieser Beziehung einem beliebigen Dritten gleichsteht, und der von dem ersten Richter bezogene Art. 43 um so unzweifelhafter Platz greift;

Daß überhaupt die hier intendirte Zusammenfügung von Procura- und Vorstands-Zeichnungen eine willkürliche Mischung ganz verschiedener Rechtsinstitute darstellt und in ihrer Complication an sich und, weil sie im Dunkel läßt, welches der Elemente die vorwiegende Bedeutung habe, weil auch die hinsichtlich des Erlöschens und in sonstigen Beziehungen für die Procura bestehenden gesetzlichen Regeln nicht passen, sondern zur Anwendung wiederum neue Combinationen verlangt würden, das System des Handels-G.-B. durchbrechen würde, die freie Entwickelung der Privatautonomie aber mit Unrecht dafür angerufen wird, weil es gerade der ausgesprochene Wille des Gesetzes ist, bei der Vertretung der Kaufleute und Handelsgesellschaften im Interesse der Sicherheit des Publikums nicht den verschiedenen Modificationen und Complicationen, zu welchen der Einzelne je nach den für ihn selbst am Dienlichsten erscheinenden wirthschaftlichen Zweckmäßigkeitsrücksichten sich geneigt finden könnte, Raum zu geben, vielmehr im Gegensatz zu der früheren unbestimmten Freiheit, namentlich bei der Procura allgemeine formelle Einfachheit und feste Begränzung zu handhaben;

Daß von den Gerichten in Wahrung des Gesetzes einer Bestrebung entgegen getreten werden muß, die nach und nach immer weiter schreitend die Mißstände der früheren Unklarheit, Buntheit, Zweifelhaftigkeit und Unsicherheit wieder zur Herrschaft bringen würde."

Gegen diese Entscheidung hat die Gesellschaft den Cassations-Recurs ergriffen. Derselbe ist auf Verletzung der Art. 43, 44, 45, 210, 225 (a und b), 227, 229, 230, 231, 234, 240 und 241 des Deutschen Handels-G.-B. gegründet.

Zur Rechtfertigung wird in der Denkschrift ausgeführt:

Daß die Zulässigkeit des Recurses keinen Bedenken unterliege, da, wenn auch die Ministerial-Instruction vom 12. Dezbr. 1861 in dem auf den vorliegenden Fall bezüglichen Paragraphen 120 blos von einer Berufung rede, doch der Cassations-Recurs gegen das auf die Berufung ergangene Urtheil weder durch die Instruction, noch durch ein Gesetz ausgeschlossen sei, es also bei der im Art. 2 des Decretes vom 27. November, 1. Dezember 1790 anerkannten Regel bleibe, daß der Cassations-Recurs gegen alle Urtheile letzter Instanz zulässig sei;

Daß die Ansicht des Appellations-Gerichtshofes, die in dem Statute dem Aufsichtsrathe bei Bestellung der Procuristen und so weiter eingeräumte Mitwirkung stehe mit den die Organisation der Aktien-Gesellschaften und die Rechte des Vorstandes betreffenden gesetzlichen Vorschriften in Widerspruch, unhaltbar sei, da es sich hierunter nur um Beschränkungen nach Innen handle, die der Vorstand nach Art. 231 einzuhalten habe, während sie seine Stellung nach Außen hin nicht berührten, also eine Umgehung des Gesetzes in keiner Weise enthielten, wie denn auch ähnliche Bestimmungen in den Statuten fast aller größeren Gesellschaften sich

Digitized by Google

vorfänden; daß, anlangend die specielle Frage in Betreff der Combination der Firmenzeichnung durch einen Procuristen mit der durch ein Vorstandsmitglied, die Argumentation des Appellations-Gerichtshofes auf falschen Voraussetzungen und Verkennung der die Materie beherrschenden Rechtsgrundsätze beruhe; daß es sich bei der in Rede stehenden Combination nicht um eine Vorstands-zeichnung handle, dieselbe vielmehr nur als eine Procura-Zeichnung aufgefaßt werden könne, da das Statut zu einer Vorstands-Zeichnung die Unterschrift zweier Vorstands-Mitglieder erfordere, daß der mitzeichnende Procurist nicht in den Vorstand eintrete, derselbe mithin in der Form des Art. 44, nicht in der des Art. 229 zeichne; daß eine unrichtige Procura-Zeichnung nicht vorliege, eine Irreführung durch dieselbe also auch nicht entstehen könne; daß die Gefahr, das mit dem Procuristen zeichnende Vorstands-Mitglied könne für einen geschäftsführenden Beamten angesehen werden, für die streitige Frage ohne allen Belang sei, in der Wirklichkeit aber auch, bei der gesetzlichen Publicität aller Verhältnisse, nicht bestehe; daß, wenn bei der Eintragung des Statutes der ganze von dem Procuristen sprechende Zusatz nicht veröffentlicht worden sei, diese Omission dem Secretär zur Last falle, einen Grund, die Eintragung jetzt zu versagen, aber nicht bilden könne; daß endlich die Zulässigkeit der beantragten Form sich im practischen Leben Eingang verschafft habe, und nicht einem Rigorismus des Systems, der jede Entwicklung und freie Bewegung ertödte, geopfert werden dürfe.

Urtheil.

In E., daß der Cassations-Recurs der Regel nach gegen alle in letzter Instanz ergangenen richterlichen Entscheidungen zulässig und nur da, wo eine specielle gesetzliche Bestimmung dies anordnet, ausgeschlossen ist;

Gesetz vom 27. November, 1. Dezember 1790, Art. 2, 4;
Gesetz vom 27. Ventose VIII., Art. 76, 77.

Daß das preußische Einführungsgesetz zum Deutschen Handels-G.-B. vom 24. Juli 1861 in den Art. 5 und 6 zwar gegen diejenigen Entscheidungen der Handelsgerichte, durch welche die Betheiligten zur Befolgung der gesetzlichen Anordnungen über die Anmeldung und Eintragung der Firmen und so weiter in das Handelsregister durch Ordnungsstrafen angehalten werden, nur den Weg der Beschwerde an das Appellationsgericht eröffnet und damit den Cassations-Recurs unzweifelhaft ausschließt;

Daß diese Vorschrift sich indeß auf den Fall nicht erstreckt, wo eine begehrte Eintragung versagt und über die Gründe für und wider die Zulässigkeit der Eintragung abgeurtheilt wird;

Daß für diesen Fall nicht das in Artikel 5 und 6 des Einführungsgesetzes vorgeschriebene, sondern, wie solches auch in der an das Einführungsgesetz sich anschließenden Justiz-Ministerial-Instruction vom 12. Dezember 1861 (Justiz-Ministerial-Blatt Seite 329) anerkannt ist, das für analoge Fälle in der rheinischen Gesetzgebung vorgeschriebene Verfahren eintritt, nach welchem von dem Handelsgerichte über die obwaltende Frage durch einen die Motive der Entscheidung enthaltenden Rathskammerbeschluß abgeurtheilt wird, gegen diesen eine durch Anwaltsgesuch anzubrin-

Digitized by Google

gende Berufung an den Appellations-Gerichtshof stattfindet, wie bei der Berufung gegen Rathskammerbeschlüsse der Landgerichte verfahren wird;

Daß hierfür eine den Cassations-Recurs ausschließende Bestimmung nicht existirt und es in Bezug auf denselben also bei der gesetzlichen Regel bewenden muß;

J. E., daß bei Prüfung der vorliegenden Frage, die Zulässigkeit der von der Cassationsklägerin beantragten und durch den Handelsgerichts-Secretär beanstandeten Eintragung betreffend, zunächst von den Bedenken abzusehen ist, die daraus hergeleitet werden, daß in Paragraph 15 des Gesellschafts-Statuts dem Aufsichtsrathe auf die Bestellung der Procuristen eine Einwirkung eingeräumt ist, und durch die Fassung des Paragraphen die Attributionen des Vorstandes und der Procuristen nicht klar geschieden ist;

Daß diese Bedenken sich dadurch erledigen, daß der Vorstand der Gesellschaft in Ausübung seiner durch die dem Aufsichtsrathe eingeräumte Mitwirkung nach Außen nicht beschränkten Vertretungsbefugniß die Ermächtigung, um welche es sich hier handelt, ertheilt, daß er dieselbe als eine Form der Procura bezeichnet, und als solche deren Eintragung begehrt hat;

Daß sonach die zu lösende Frage sich dahin beschränkt, ob an sich die intendirte Procurabestellung mit den bestehenden gesetzlichen Vorschriften unvereinbar und deßhalb deren Eintragung unzulässig sei;

Daß, wenn der vorige Richter davon ausgeht, daß die Combination, nach welcher ein Procurist in Verbindung mit einem Vorstandsmitgliede zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt wird, irreführen und auf unzulässige, dem Geiste des Handels-G.-B. widersprechende Vermischung verschiedener Rechtsinstitute hinauslaufen könne, dieses Bedenken durch die Betrachtung überwunden wird, daß innerhalb der durch verbietende Gesetze gezogenen Grenzen die autonomische Gestaltung neuer durch die Bedürfnisse des Verkehres erzeugten Formen in Ansehung der Organisation der Handelsgesellschaften im Zweifel nicht ausgeschlossen wird, wie ja die Procura an sich, obgleich ihrer in Buch II., Tit. 3 des Handels-G.-B. nicht Erwähnung geschieht, neben den im Gesetze ausdrücklich angeordneten Organen der Gesellschaft unbedenklich Raum gefunden hat;

Daß die durch Art. 43 des Handels-G.-B. begründete Unbeschränkbarkeit der Procura in ihrem objectiven Umfange die hier erörterte Frage nicht berührt, wie das Gesetz schon dadurch, daß es die Collectiv-Procura gestattet, selbst anerkannt;

Daß eine mehreren Personen gemeinschaftlich übertragene Vollmacht, eine Aktien-Gesellschaft als Procuristen zu vertreten, dadurch nicht aufhört, Procura zu sein, daß von den mehreren Personen die eine dem Organismus der Gesellschaft auch in einer anderen Eigenschaft angehört; daß ein Vorstandsmitglied, welches dem anderen Procuristen mitwirkend und mitzeichnend zur Seite gestellt wird, sich, indem es diesen Functionen sich unterzieht, nur an einem Akte der Procura-Verwaltung mit den dieser gesetzlich zugewiesenen Befugnissen betheiligt, und für diesen Fall aus seiner Stellung als Vorstandsmitglied insofern heraustritt, als es in letzterer statutenmäßig für sich allein nicht, sondern nur wieder

Digitized by Google

in Verbindung mit einem anderen Vorstands-Mitgliede die Gesellschaft vertritt;

Daß daher auch durch die im vorliegenden Falle beabsichtigte Combination keineswegs eine neue Form für die Wirksamkeit des Vorstandes der Gesellschaft, vielmehr im eigentlichen Sinne eine Procura geschaffen wird, und nach dieser Voraussetzung über die rechtliche Natur der von derselben ausgehenden Akte ein Zweifel nicht vorhanden ist;

Daß diesem nach die Gründe, aus welchen der Appellations-Gerichtshof die beantragte Eintragung als unzulässig ablehnen zu müssen geglaubt hat, seine Entscheidung zu tragen nicht vermögen, er mit derselben vielmehr die Vorschriften der Art. 43, 44, 45 sowie Art. 225 a. b. 227 229, 230, 231, 234 des Handels-G.-B. durch unrichtige Anwendung verletzt hat;

Aus diesen Gründen

cassirt das Reichs-Oberhandels-Gericht, zweiter Senat, den Rathskammerbeschluß des ersten Civil-Senates des Kgl. Preußischen Appellations-Gerichtshofes zu Köln vom 9. April 1872, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande der cassirten Entscheidung, sowie die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder, nimmt sodann, in der Sache selbst erkennend, die wider den Beschluß der Rathskammer des Kgl. Handelsgerichts zu Köln vom 6. März 1872 eingelegte Berufung an, hebt diesen Beschluß auf und verordnet statt dessen, daß die von dem Vorstande der Kölnischen Wechsler- und Commissionsbank beantragte Eintragung in das Handels- (Procuren-) Register des Kgl. Handelsgerichtes zu Köln dahin:

Daß den Beamten der Gesellschaft Louis Waller und Max Neustift in der Art Procura ertheilt werde, daß jeder denselben für sich allein zur Mitzeichnung der Procura im Verein mit einem Mitglied des Vorstandes befugt sei, stattzufinden habe.

Die Kosten des Cassationsverfahrens werden auf 83 Thaler festgesetzt.

Urtheil des R.-Ob.-H.-G. Sitzung vom 4. Januar 1873.
Ref.: H. R.-Ob.-H.-G.-Rath Dr. Schmitz.
Concl.: Rh. Ob.-H.-G.-Rath Dr. Barth.
Advokaten: Dorn — Nissen.

Zeugenbeweis. — Gegenbeweis.

Die Vernehmung der Zeugen über Thatsachen, die außerhalb des in dem Interlocute festgestellten Beweisthema's liegen, ist unzulässig.

Wenn die Probatorialzeugen dennoch über solche Thatsachen vernommen sind, die Vernehmung der Gegenzeugen hierüber aber vom Richter-Commissar abgeschnitten worden ist, so kann das Gericht diese Thatsachen nicht als erwiesen annehmen, ohne vorab den Gegner zu dem von ihm dieserhalb erbotenen Gegenbeweis verstattet zu haben.

Digitized by Google

Kappel — Jaeger.

Jaeger kaufte am 27. März 1871 von der Handlung Kappel u. Cie. zwei Schiffsladungen Roggen, die er vor dem Verkaufe besichtigt hatte. Er leistete am 31. März eine Anzahlung, stellte aber am 1. April den Roggen der Verkäuferin wieder zur Disposition, indem er behauptete, daß derselbe in den unteren Lagen von schlechter Qualität namentlich warm und verbrüht sei und einen verdorbenen Geruch und Geschmack habe. Die Handlung Kappel klagte hierauf bei dem Handelsgerichte zu Köln auf Bezahlung des Kaufpreises. Der Beklagte widersprach und beantragte reconveniendo Auflösung des Kaufgeschäftes und Verurtheilung der Klägerin zur Rückerstattung des bereits Gezahlten, und stützte sich auf die bereits gerügte mangelhafte Qualität des Roggens, sowie darauf, daß die Klägerin die Garantie übernommen habe, daß in der Jansen'schen Ladung nur Roggen von Prima-Qualität und in der Page'schen Roggen von mittlerer Qualität enthalten sei.

Die Klägerin bestritt, die Garantie für die Beschaffenheit der Waare übernommen zu haben. Der Käufer habe die Waare besichtigt, und sei es seine Sache, wenn er dabei fahrlässig verfahren sei. Wenn das Korn nunmehr erhitzt sei, was nicht bestritten werde, so könne Verkäuferin nur, wenn ihr ein dolus nachgewiesen werde, verantwortlich gemacht werden.

Das Handelsgericht verstattete den Beklagten zum Zeugenbeweise darüber:

Daß die Klägerin bei und nach dem Verkaufe der beiden Schiffsladungen Roggen Garantie dafür übernommen habe, daß der von dem Schiffer Jansen verladene Roggen ganz und gar von Prima und der von dem Schiffer Page geladene ganz und gar von mittlerer Qualität sei.

In den Gründen wird davon ausgegangen, daß es unbestritten sei, daß der in Rede stehende Roggen im Inneren des Schiffes erhitzt sei, daß hierdurch der Roggen an Güte und Werth bedeutend verloren habe, daß der Beklagte zugebe, den Roggen bis zur Tiefe von anderthalb Fuß besichtigt, und demgemäß gekauft zu haben, jedoch behaupte, daß die Klägerin Garantie für die Qualität des Roggens übernommen habe und hierfür Beweis erbiete.

Der Zeugenbeweis wurde angetreten. Als Beweiszeugen wurden unter Anderen producirt Julius Wolff und Heinrich Peltzer. Beide deponirten zunächst über das Beweisthema (die von der Klägerin angeblich übernommene Garantie), ließen sich demnächst aber auch über den Zustand des in dem Jansen'schen Schiffe befindlichen Roggens aus; namentlich bekundete Peltzer, daß er bei der Ueberladung desselben zugegen gewesen und sich von dessen schlechter Beschaffenheit überzeugt habe.

Klägerin trat den Gegenbeweis an und begehrte in dem Verhörstermine, daß dem ersten, der von ihr producirten Zeugen, Handelsmakler Nolden die Frage gestellt werde:

ob er nicht die streitige Frucht im Schiffe Jansens untersucht und gefunden habe, daß der Roggen oben über etwas erhitzt und unten von besserer, guter Qualität und nicht erhitzt gewesen sei.

Digitized by Google

Der Vertreter des Beklagten widersetzte sich der Stellung dieser Frage, weil dieselbe nicht zum Beweisthema gehöre und in Widerspruch stehe mit den bereits durch das Urtheil festgestellten Thatsachen. Der Richter-Commissar verweigerte die Stellung der Frage. Die Klägerin beantragte bei der weiteren Verhandlung vor dem Handelsgerichte subsidiarisch die Aufnahme des von ihr intendirten und von dem committirten Richter abgelehnten Gegenbeweises über die Beschaffenheit des Roggens zu veranlassen.

Das Handelsgericht erklärte den von dem Beklagten angetretenen Beweis für mißlungen, erachtete es jedoch zur Beseitigung jedes Zweifels für angemessen, den Theilhabern der klagenden Handlung den Eid aufzuerlegen, daß es nicht wahr sei, daß sie bei dem Verkaufe der Schiffsladungen Roggen die behauptete Garantie übernommen.

Der Antrag der Klägerin auf Verstattung zu dem Gegenbeweise in Betreff der Beschaffenheit des Roggens blieb solchergestalt unerwähnt und auf sich beruhen.

Beklagter appellirte und suchte auszuführen, daß der ihm durch das Handelsgericht auferlegte Beweis vollständig jedenfalls bis zum Erfüllungseide erbracht sei.

Klägerin (Appellatin) bestritt wiederholt die Uebernahme der Garantie und behauptete, die angebliche Erhitzung habe, wenn sie vorhanden gewesen, bei der Besichtigung durch den Käufer entdeckt werden können; sie sei in der That nicht vorhanden gewesen. Die Frage sei in den bisherigen Verhandlungen noch nicht eingehend erörtert; ein darauf bezügliches Geständniß sei von ihr, der Klägerin, keineswegs abgelegt. Sie habe bei der Schlußverhandlung vor dem Handelsgerichte den Umfang und die Lage der vorhanden gewesenen örtlichen Erhitzung genau artikulirt und darüber Beweis erboten und habe, falls es überhaupt auf die Qualität ankomme, dazu um so gewisser verstattet werden müssen, als Beklagter seine Zeugen über die Erhitzung habe vernehmen lassen, dagegen der Vernehmung der über dasselbe Thema producirten Gegenbeweiszeugen sich mit Erfolg widersetzt habe.

Klägerin beantragte, zum Beweise durch Zeugen zugelassen zu werden; namentlich darüber, daß die Frucht in dem Jansen'schen Schiffe oben auf etwas erhitzt gewesen sei und dieser Umstand dem Käufer nicht habe entgehen können, und daß bei der Ausladung das Korn in dem genannten Schiffe je nach der Tiefe zu um so besser in der Qualität sich ausgewiesen habe.

Der zweite Richter, der rheinische Appellations-Gerichtshof zu Köln, erkannte unter Reformation des handelsgerichtlichen Urtheils auf Abweisung der Klage und auf Verurtheilung der Klägerin nach dem Reconventionalantrage des Beklagten.

Der Appellations-Gerichtshof nahm an, daß der Beklagte die fraglichen Ladungen nach vorheriger Besichtigung gekauft habe, daß die Uebernahme einer Garantie für die Qualität der Waare durch die Verkäuferin nicht nachgewiesen sei; daß, da der Käufer den am Platze befindlichen Roggen vor dem Kaufe besichtigt habe, derselbe dadurch als genehmigt anzusehen sei; daß dies jedoch nicht ausschließe, daß der Käufer noch

Digitized by Google

nachträglich entdeckte Mängel, die bei einer ordnungsmäßigen Besichtigung nicht sofort erkennbar gewesen seien, zu rügen berechtigt sei; daß durch die Aussagen der von dem Beklagten producirten Zeugen Peltzer und Wolff bewiesen sei, daß der Roggen in dem Jansen'schen Schiffe im Inneren heiß gewesen, daß auch wegen dieser Erhitzung des Roggens der Beklagte dem Schiffer Jansen gegenüber zur Ausladung desselben verurtheilt worden sei, daß die Klägerin die Thatsache, daß der Roggen im Inneren des Schiffes erhitzt gewesen, in erster Instanz nicht bestritten habe, und daß diesen Beweisen gegenüber die gegenwärtige Behauptung der Klägerin, daß der Roggen oben auf etwas erhitzt gewesen sei und nach der Tiefe zu um so besser sich ausgewiesen habe, nicht in Betracht kommen könne; daß die Erhitzung des Roggens im Inneren nicht zu den Mängeln gehöre, welche der Käufer bei der Besichtigung habe erkennen müssen; daß derselbe nicht gehalten gewesen sei, den Roggen auch im Inneren und in der Tiefe zu untersuchen, zumal es hierzu ungewöhnlicher Vorkehrungen und besonderer Werkzeuge bedurft haben würde; daß es keinem Zweifel unterliege, daß die mangelhafte Beschaffenheit des Roggens bereits am 27. März vorhanden gewesen sei und daß derselbe dadurch eine solche Werthverminderung erlitten habe, daß der Beklagte deßhalb die Auflösung des Vertrages vom 27. März zu verlangen berechtigt sei.

Klägerin hat hierzu den Cassations-Rekurs ergriffen und denselben, soweit es hier von Interesse ist, auf Verletzung des Art. 256 der B.-Pr.-Ord. und der Art. 1315, 1356, 1641, 1644 des B.-G.-B. gestützt.

Zur Begründung des Recurses ist im Wesentlichen ausgeführt worden:

ad I. Der Cassationsklägerin sei der Gegenbeweis über die gute Beschaffenheit des in dem Jansen'schen Schiffe lagernden Roggens gesetzwidrig abgeschnitten worden. Das Thema des in erster Instanz angeordneten Zeugenbeweises sei nur die angeblich übernommene Garantie gewesen. Gleichwohl habe der Cassationsbeklagte über die Erhitzung des Roggens Zeugen vernehmen lassen. Als nun die Cassationsklägerin gegenbeweislich über diesen Punkt ebenfalls Zeugen habe vernehmen lassen wollen, sei ihr dies auf Protest der Gegenseite versagt worden. Cassationsklägerin habe dies in erster Instanz angefochten. Der Punkt sei aber hier auf sich beruhen geblieben, weil nach dem System des Handelsgerichtes die Entscheidung lediglich von dem Garantieversprechen abhängig gewesen sei.

Für den Cassationsbeklagten ist mit dem Antrage auf Verwerfung des Recurses erwidert worden:

ad I. Die Nichtaufnahme eines Zeugen- (auch eines Gegen-) Beweises könne nach französischem Prozeßrecht nie einen Cassationsgrund bilden. Dies unterliege dem freien Ermessen des Instanzrichters. Das Verfahren erster Instanz könne ohne dies nicht zur Erörterung kommen.

Die Beweislast sei gar nicht zur Entscheidung gekommen, da der Appellations-Gerichtshof den Gegenstand seiner Feststellung aus der klar gegebenen Sachlage ohne Weiteres entnommen habe.

Digitized by Google

Urtheil.

J. E., daß der durch das Interlocut des Handelsgerichtes vom 12. April 1871 angeordnete Zeugenbeweis lediglich die Thatsache zum Gegenstande hatte, daß die klagende Handlung für die Qualität des verkauften Roggens Garantie übernommen habe; daß es daher unzulässig war, daß der committirte Richter die producirten Beweiszeugen über eine außerhalb des Beweisthemas liegende Thatsache, den Zustand, in welchem der verkaufte Roggen in dem Augenblicke des Ausladens sich befunden, sich aussprechen ließ, und ihre deßfallsigen Aussagen in das Protocoll aufnahm; daß diese Unzulässigkeit um so fühlbarer dadurch hervortrat, daß der Commissar der Klägerin den gegen die letztere Thatsache versuchten Gegenbeweis mit Rücksicht auf den durch das Interlocut begrenzten Umfang des Beweisthemas abzuschneiden sich verpflichtet sah;

Daß es dahin gestellt bleiben mag, ob es dem erkennenden Richter an sich gestattet war, auf diejenigen Thatsachen Rücksicht zu nehmen, welche außerhalb des eigentlichen Gegenstandes der Beweisaufnahme durch die in erster Instanz vernommenen Zeugen bekundet worden waren und gegen welche der Richter-Commissar in dem Beweisverfahren der Klägerin den versuchten Gegenbeweis nicht gestattet hatte; daß aber unzweifelhaft, wenn dies geschah, es zum Nachtheile der Klägerin insofern nicht gereichen durfte, daß deren Lage nachtheiliger wurde, als wenn der Beweis von vorne herein auf die letzterwähnte in dem handelsgerichtlichen Beweissatze nicht enthaltene Thatsache wäre ausgedehnt worden;

Daß das an sich dem Appellations-Gerichtshofe in Betreff der Zulassung der von den Parteien erbotenen Zeugenbeweise zustehende Ermessen durch diese Sachlage seine naturgemäße Beschränkung erhielt; daß, wenn der Gerichtshof seine Entscheidung, wenn auch nicht ausschließlich, sondern nur in Verbindung mit anderen Beweismomenten, auf die durch die in erster Instanz vernommenen Zeugen bekundete Thatsache, daß der Roggen in dem Jansen'schen Schiffe erhitzt gewesen sei, stützen wollte, gleich als ob auf den Beweis dieser Thatsache erkannt worden wäre, dem gegenüber der von der Klägerin neuerdings erbotene Beweis: daß der Roggen nur auf der Oberfläche, im Inneren des Schiffes dagegen nicht erhitzt gewesen sei, den Character des Gegenbeweises annahm, und als solcher ihr jetzt nicht mehr abgeschnitten werden durfte;

Daß der Appellations-Richter, indem er unter den obwaltenden Umständen dem Beweisantrage der Klägerin Berücksichtigung versagte, den in dem Art. 256 der B.-Pr.-Ord. ausgesprochenen, auch für das Verfahren in summarischen Sachen (Art. 407 ff. ibidem) gültigen wesentlichen Grundsatz des Verfahrens verletzt hat, welcher nicht blos das formelle Nebeneinandergehen der Beweis- und Gegenbeweisaufnahme in den Fristen und Formen bezweckt, sondern auf der Gleichstellung der Parteien beruht, und deren gleiche Berechtigung in Führung des Beweises und Gegenbeweises zur Geltung bringt;

Daß hiernach das angefochtene Erkenntniß der Vernichtung unterliegt, und es eines Eingehens auf die gegen dasselbe weiter erhobenen materiellen Angriffe nicht bedarf;

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

cassirt das Reichs-Ob.-H.-G., zweiter Senat, das Erkenntniß des dritten Senates des Kgl. Preuß. Appellations-Gerichts zu Köln vom 22. Dezember 1871, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Erkenntnisses am Rande des cassirten, sowie die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder, legt dem Cassationsbeklagten die Kosten des gegenwärtigen Verfahrens zur Last und verweist die Sache zu anderweiter Verhandlung an den ersten Senat des gedachten Appellations-Gerichtshofes.

Die Kosten des Cassations-Verfahrens werden auf 100 Thlr. 9 Sgr. festgesetzt.

Urtheil des R.-O.-H.-G. Sitzung zu Leipzig vom 29. Januar 1873.
Ref.: H. R.-O.-H.-G.-Rath Dr. Schmitz.
Advokaten: Mecke — Stegemann.

Kauf-Vertrag. — Verzug des Käufers. — Verkauf der Waare durch den Verkäufer.

Der von dem Verkäufer, im Falle des Verzuges des Käufers, in Ausübung der im Art. 354 des H.-G.-B. ihm gewährten Befugnisse vorgenommene Verkauf der Waare ist ungültig und berechtigt ihn nicht zur Klage auf Schadenersatz, wenn der Verkauf an einem andern als dem vertragsmäßigen Ueberlieferungsorte stattgehabt, oder wenn der Verkauf nicht die Waare selbst, sondern nur die Verpflichtung des Verkäufers, das in dem Vertrage bezeichnete Quantum Waare unter den vertragsmäßigen Bedingungen zu liefern, zum Gegenstande gehabt hat.

Jaeger — Hoffmann.

Die Handlung Marcus Hoffmann und Söhne hat bei dem Königl. Preuß. Handelsgerichte zu Düsseldorf wider Sigmund Jaeger auf Zahlung einer Summe von 3775 Thalern sammt Accessorien mit der Behauptung geklagt: Beklagter habe im Februar 1868 von ihr 8000 Zoll-Centner ungarischen Roggen — frei Waggon Großwardein, lieferbar spätestens Ende März ejusdem zu 4 Gulden 45 Kreuzern für je 80 Wiener Pfund, zahlbar beim Empfang, und in den von Beklagtem zu liefernden Säcken zu empfangen — gekauft; er habe zwar circa 1000 Säcke eingesandt, und seien diese auch in Großwardein mit Roggen gefüllt worden, für den größten Theil des Roggens habe er aber keine Säcke gesandt und ebensowenig die Zahlung des Kaufpreises geleistet, noch sich überhaupt, wiederholter, unter Androhung des sofortigen Verkaufes des Roggens geschehener Aufforderung ungeachtet, zur Empfangnahme gemeldet; Klägerin habe deßhalb am 1. April ejusdem den Roggen zu Wien durch den vereideten Waaren-Sensal Sorer verkaufen lassen; dieser Verkauf habe eine Differenz von 70 Kreuzern pro Metze ergeben, was auf das Quantum von 8900 Metzen eine Differenz von 6230 Gulden Oester-

Digitized by Google

reichischer Währung und mit der Verkaufs-Commission die eingeklagte Summe von 6380 Gulden oder 3775 Thalern ausmache, welche Beklagter als Schadenersatz zu zahlen habe.

Das Handelsgericht hat Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Summe verurtheilt. Dieser hat appellirt und unter Anderm, hier nicht weiter erheblichen, Einreden der Klage entgegengesetzt.

1. Der Verkauf in Wien habe keine effective Waare zum Gegenstande gehabt, keine species, deren vertragsmäßige Qualität und Quantität hätte festgestellt werden können, sondern es sei nur die contractliche Verpflichtung der Klägerin, in Großwardein 8000 Centner Roggen zu liefern, zum Gegenstande eines Maklerschlusses gemacht worden. Das gehe wider das Gesetz, und stelle keinen Verkauf der Waare vor.

2. Ein etwaiger Verkauf der Waare habe in Großwardein oder dem nächsten Hauptmarkte, also etwa in Pesth, stattfinden müssen. Ein Verkauf in Wien sei unter keiner Voraussetzung zulässig gewesen.

3. Es wurde bestritten, daß Klägerin die Waare in Großwardein zu ihrer Verfügung gestellt habe; auch habe

4. der Preis des Roggens am 1. April 1868 in Großwardein viel höher als 3 Gulden 75 Kreuzer per 100 Wiener Pfund gestanden.

Die Entscheidung des Appellationsrichters geht dahin:

Daß die Berufung von dem Urtheile des Handelsgerichtes in Düsseldorf schon jetzt, insoweit dadurch Appellant verurtheilt worden ist, der Appellation den Schaden zu ersetzen, welcher durch die Nichterfüllung des der Klage zu Grunde liegenden Lieferungsgeschäftes entstanden ist, verworfen, dagegen, ehe über die Berufung bezüglich der Höhe des Schadens erkannt, die Appellatin zugelassen wird, durch Zeugen und Sachverständige zu beweisen, daß der Preis von gesundem 1867er Roggen am 31. März und 1. April 1868 3 Gulden 40—45 Kreuzer per niederösterreichischen Metzen in Großwardein gewesen ist.

Diese Entscheidung ist, wie folgt, motivirt:

In Erwägung, daß nach der vorliegenden Correspondenz und den Auslassungen der Parteien nicht zweifelhaft ist, daß das Lieferungsgeschäft, aus welchem die Appellatin ihre Ansprüche herleitet, nach den beiderseitigen Intentionen der Parteien dahin abgeschlossen wurde, daß die prompte Innehaltung der festbestimmten Lieferungsfrist (Monat März) ausbedungen war, sonach das Geschäft als sogenanntes Fixgeschäft unter die besonderen Bestimmungen des Artikels 357 des Allgemeinen Deutschen Handels-G.-B. fällt.

Daß demnach Appellant, wenn er bei Ablauf der nach der Verabredung genau inne zu haltender Frist nicht bereit war, die zu liefernde Waare unter Zahlung des Preises am Lieferungsorte (Station Großwardein) in Empfang zu nehmen, schon durch den Ablauf der Zeit und ohne daß es einer besonderen Aufforderung bedurfte, im Verzuge und die Appellatin ohne besondere Anzeige berechtigt war, den Verkauf der Waare, die unzweifelhaft eine solche ist, die einen Marktpreis hat, unverzüglich nach Ablauf der Frist für Rechnung des Appellanten zu verkaufen und den Mindererlös vom Appellanten ersetzt zu verlangen.

Daß Appellant selbst nicht behauptet, daß er zur angegebenen Zeit zur Empfangnahme der Waare auf Station Großwardein bereit gewesen sei, sonach seinerseits in Betreff der Erfüllung der ihm obliegenden Verbind-

Digitized by Google

fichkeit, die Waare gegen Zahlung des Preises in Empfang zu nehmen, im Verzuge war.

Daß ferner eben deßhalb, weil Appellant die inmittelst im Preise erheblich gesunkene Waare nicht empfangen wollte, es zur Begründung der Klage nicht nothwendig erscheint, daß Appellatin ihrerseits beweise, daß sie die zu liefernde Waare bereit gehalten und bezüglich der ihr obliegenden Verpflichtung als Verkäuferin nicht im Verzuge gewesen sei.

In Erwägung, daß, wenn es wahr wäre, daß der Verkauf des zu liefernden Roggens in Großwardein, wo er lagerte und an den Käufer abzuliefern war, einen höheren Ertrag ergeben haben würde, als diejenige Summe, welche durch den am 1. April 1868 durch einen vereideten Makler in Wien vorgenommenen Verkauf erzielt worden ist, Appellant allerdings nur die dadurch sich ergebende Differenz zu zahlen haben würde.

Daß es daher Sache der Appellatin ist, zur Begründung des ganzen Umfanges ihres Anspruches den von ihr erbotenen Beweis zu erbringen, daß der Preis des Roggens damals in Großwardein niedriger war, als der in Wien erlöste Preis.

Gegen das am 28. Juli 1870 von dem Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshofe gesprochene Urtheil hat der Beklagte den Cassations-Recurs ergriffen, und 5 Cassationsmittel geltend gemacht, von denen jedoch nur das 3. Cassationsmittel zu erwähnen ist. Dieses wirft dem Appellationsrichter Verletzung der Artikel 343, Absatz 2, 354 und 357, Absatz 2 des Handels-G.-B. vor. Hierfür wird im Wesentlichen geltend gemacht:

Wäre Beklagter wirklich in Verzug gewesen, so habe der Klägerin eine gewisse, genau geregelte Veräußerungs-Befugniß zugestanden. Ein den gesetzlichen Voraussetzungen und Vorschriften entsprechender Veräußerungsact liege aber nicht vor. Strenge Einhaltung jener Vorschriften sei aber namentlich bei Fixgeschäften geboten. Es sei dem Beklagten auf Station Großwardein marktgängige Waare zu liefern gewesen. Statt solche Waare an Ort und Stelle bereit zu halten und dann am 1. April anderweit legal auszubieten, wolle Klägerin an einem anderen, als dem Erfüllungsorte, mit Uebergehung des näheren ungarischen Getreide-Hauptmarktes Pesth, in Wien nicht effectives, den Kauflustigen zur Besichtigung und Abnahme bereit liegendes Getreide, „die Waare", eine erkennbare species, Artikel 343, 354, 357 des Handels-G.-B. vielmehr nur eine gewisse Lieferungsobligation bezüglich einer gar nicht vorhandenen Waare haben ausbieten lassen. Dieser Veräußerungsact habe keinen erkennbaren Bezug auf die vertragsmäßige Waare und sei daher für den Beklagten rechtlich gleichgültig, wobei insbesondere noch in Betracht komme, daß in Wien der Großwardeiner Roggen gar kein Börsenartikel sei und keinen Marktpreis habe (wie von dem Beklagten unter Beweis gestellt), sowie, daß das Gesetz jedenfalls einen Verkauf der Waare an dem Erfüllungsorte unterstelle.

Sehe man, wie es im Appellationsurtheil geschehe, von der Verpflichtung des Verkäufers, die Waare im Lieferungstermine effectiv zu besitzen, ab, so verfalle man in die reine Wette oder in ein solcher gleichzuachtendes Börsen-Differenz-Spiel.

Für die Gegenseite wurde hierauf erwidert:

Das dritte Cassationsmittel sei unstatthaft. Denn es richte sich gegen den interlokutorischen Theil des Appellationsurtheils. Wenn alle Ausführungen des Cassationsklägers richtig wären, so würde doch die Scha-

Digitized by Google

denersatzpflicht desselben nicht erschüttert werden. Es würde dann nur eine andere Liquidation eintreten müssen. Cassationskläger sei dadurch nicht beschwert, daß der Appellations-Gerichts-Hof den Verkauf in Wien als Grundlage für die Ermittelung der Preisdifferenz betrachtet habe. Jeder Gefährdung sei durch den der Klägerin auferlegten Beweis begegnet. Der Verkauf in Wien komme danach nur zum Vortheil des Beklagten in Betracht. Daß effectiv verkauft worden, und daß Großwardeiner Roggen in Wien ein Börsenartikel sei, beweise der Schlußzettel.

Urtheil.

In Erwägung, daß der Appellationsgerichtshof sich nicht darauf beschränkt, das Endurtheil durch Aufstellung eines dasselbe bedingenden Grundsatzes vorzubereiten, daß er vielmehr über den wesentlichsten Theil des Streitgegenstandes, die Verpflichtung des Beklagten zum Schadenersatze für die ihm zur Last gelegte Nichterfüllung abgeurtheilt und diese seine Entscheidung in das Dispositiv seines Urtheils aufgenommen, auch durch die demselben gegebene Fassung, die dahin geht, daß, im Gegensatz zu den weiter folgenden interlocutorischen Bestimmungen, die Berufung in Betreff der Verpflichtung des Beklagten zum Schadenersatz an sich schon jetzt verworfen werde, jeden Zweifel darüber gehoben, daß er die Hauptfrage endgültig und in für die Parteien wie für die Richter bindender Weise hat erledigen und nur die Höhe des zu leistenden Schadenersatzes von der angeordneten Beweisaufnahme hat abhängig machen wollen, woraus folgt, daß dem angefochtenen Urtheil, unbeschadet seines interlokutorischen Charakters in den die Herbeiführung weiterer Entscheidung betreffenden Anordnungen, in dem Punkte, in welchem es endgültig entschieden hat, die Eigenschaft eines Definitiv-Urtheils zukommt, somit gegen dasselbe der Cassations-Recurs nach Artikel 14 des Gesetzes vom 2. Brumaire II. zulässig ist;

In Erwägung, daß festgestellt ist, daß der Cassationskläger mit Erfüllung der ihm als Käufer aus dem bestehenden Lieferungsgeschäfte obliegenden Verpflichtungen in Verzug gewesen ist, daß die Cassationsbeklagte hierdurch die Rechte erwarb, welche der Art. 354 des Handels-G.-B. dem Verkäufer dem säumigen Käufer gegenüber gewährt, also Erfüllung und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder die Waare nach Art. 343 verkaufen und Schadenersatz fordern, oder von dem Vertrage, als ob derselbe nicht geschlossen wäre, abgehen konnte, daß die Cassationsbeklagte die zweite dieser Alternativen gewählt hat, und danach zur Begründung des darauf gestützten Anspruches der Nachweis gehört, daß sie die Vorschriften des Artikels 343 beobachtet, das heißt: die von dem Käufer nicht in Empfang genommene Waare den gesetzlichen Vorschriften gemäß verkauft und daß dieser Verkauf das dem Klageanspruch zu Grunde gelegte Ergebniß gewährt hat.

Daß die Cassationsbeklagte diesen Nachweis nicht erbracht hat; daß zunächst der behauptete Verkauf nicht an dem vertragsmäßigen Ueberlieferungsorte vorgenommen worden ist, dies aber der Natur der Sache, den allgemeinen gesetzlichen Grundsätzen (Art. 324, 342 des Handels-G.-B.), insbesondere auch der analogen Bestimmung des Art. 357 al. 3 ibidem widerspricht, nach welcher für die dem Käufer als Schadenersatz gebührende Differenz zwischen dem Kauf- und dem Markt- und Börsen-Preise auch der Ort der geschuldeten Lieferung maaßgebend ist; daß sodann, nachdem der Entscheidung des vorigen Richters zu Grunde

Digitized by Google

ligenden Thatbestande, der in Wien angeblich vorgenommene Verkauf nicht „die Waare" im Sinne der Art. 343, 354, das heißt: ein concretes Quantum Roggen, wie solches, wenn die Lieferung ernstlich beabsichtigt war, vorhanden sein und an dem Lieferungsorte beschafft werden mußte, sondern vielmehr die Verpflichtung des Verkäufers, das im Vertrage bezeichnete Quantum unter den vertragsmäßigen Bedingungen zu liefern, zum Gegenstande gehabt hat.

Daß hiernach ein ernstlicher und gültiger Verkauf, wie ihn das Gesetz verlangt, nicht stattgefunden hat, daß damit der Klageanspruch zerfällt und der Appellationsrichter durch seine Entscheidung die Art. 354, 343 des Handels-G.-B. verletzt hat, sei es, daß er den behaupteten Verkauf für rechtsgültig und geeignet, dem Klageanspruch als Unterlage zu dienen erachtet, sei es, daß er unabhängig von demselben einen allgemeinen Anspruch des Verkäufers, von dem säumigen Käufer Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, anerkannt hat.

Daß demnach das angefochtene Urtheil der Vernichtung unterliegt und eine Veranlassung, auf die sonstigen Angriffe des Cassationsrecurses einzugehen, nicht vorhanden ist.

Daß in der Sache selbst die Abweisung der lediglich auf den stattgehabten Verkauf gestützten Klage die Consequenz der ausgesprochenen Grundsätze ist.

Aus diesen Gründen

cassirt das Reichs-O.-H.-G., 2. Senat, das Urtheil des Königl. Preuß. Appellationsgerichtes zu Köln vom 28. Juli 1870, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten, sowie die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder und legt dem Cassationsbeklagten die Kosten dieses Verfahrens zur Last;

Weist sodann, in der Sache selbst erkennend, unter Reformation des Urtheils des Königl. Handelsgerichtes zu Düsseldorf vom 17. April 1868 die durch Act vom 4 April 1868 erhobene Klage ab, verordnet die Rückgabe der in zweiter Instanz hinterlegten Succumbenzgelder und verurtheilt die Klägerin in die Kosten beider Instanzen.

Urtheil des R.-O.-H.-G. vom 18. Januar 1873.
Ref.: H. R.-O.-H.-G.-Rath Dr. Schmitz.
Advokat: Stegemann.

Eisenbahn-Gesellschaft. — Haftbarkeit. — Betriebs-Reglement. — Bösliche Handlungsweise.

Das Betriebs-Reglement, worin eine Eisenbahn-Gesellschaft in Ausübung der ihr durch Art. 427 des H.-G.-B. gewährten Befugnisse ihre Haftbarkeit für das ihr zum Transport übergebene Gut auf einen Normalsatz beschränkt hat, bildet das Vertragsrecht zwischen derselben und dem Versender und ist für die Ersatzansprüche des letzteren wegen eingetretener Verluste oder Beschädigungen maßgebend.

Digitized by Google

Dieser Maßstab wird nur dann ausgeschlossen, und ist ein Einspruch auf Ersatz des vollen Werthes in Gemäßheit des Art. 396 in fine begründet, wenn der Verlust oder die Beschädigung durch eine böswillige Handlungsweise der Eisenbahn-Verwaltung oder deren Leute herbeigeführt ist.

Grobe Fahrlässigkeit ist nicht identisch mit böslicher Handlungsweise; letztere schließt vielmehr einerseits Arglist im engern Sinne, anderntheils den höchsten Grad von Fahrlässigkeit, frevelhaften Muthwillen, der zwar die Beschädigung nicht beabsichtigt, sich aber bei seinem Handeln der damit verbundenen Gefahr bewußt ist und dennoch das Handeln nicht ändert, in sich.

Der Umstand, daß das der Eisenbahn zum Transport übergebene Gut nicht an seine Adresse gelangt ist und die Eisenbahn-Verwaltung eine unrichtige Auskunft über den Verbleib gegeben hat, oder daß dieselbe, obwohl im Besitz des Frachtbriefes, keinerlei Auskunft über den Verbleib des Gutes geben kann, berechtigt nicht zur Annahme einer böswilligen Handlungsweise.

I. Fall.

Bergisch-Märkische Eisenbahn — Teschemacher.

Die Handlung Teschemacher Sohn hat am 21. November 1870 einen Ballen Serge de Berry an Jakob Weiß in Mainz und am 11. November 1871 vier Ballen mit derselben Waare an S. Wolf in Mainz versandt. Die erste Sendung ist gar nicht an den Adressaten gelangt, an der zweiten haben bei der Auslieferung vier Stück gefehlt. Die Handlung Teschemacher hat in Folge dessen gegen die Bergisch-Märkische Eisenbahn-Gesellschaft, der die Waaren zum Transport übergeben waren, auf Ersatz des Handelswerthes derselben — im Betrage von 184 Thalern 15 Sgr. — geklagt. Die Klage ist lediglich auf die Thatsache der Nichtüberlieferung der Waaren gestützt worden. Die Eisenbahn-Gesellschaft hat unter Bezugnahme auf §. 23, Nro. 2 des Betriebs-Reglements B. die Abweisung der Klage, soweit mehr als der reglementsmäßige Entschädigungssatz (20 Thaler pro Centner) gefordert werde, beantragt und angeführt:

Die Sendung vom 21. November 1870 sei am 22. November richtig abgegangen. Sie sei in Bingerbrück noch vorhanden gewesen und auch zur weiteren Verladung gelangt, von da an aber in Verlust gerathen. Die zweite Sendung sei über Mülheim a. Rh. und Deutzerfeld nach ihrem Bestimmungsorte dirigirt worden. In Mülheim seien die Ballen umgeladen worden. Der Wagen sei gehörig mit Decken versehen und plombirt auf dem Bahnhof die Nacht über stehen geblieben, daselbst auch gehörig bewacht worden. Trotzdem sei mittelst Aufschneidens der Emballage und Entfernung der Plomben ein Diebstahl ausgeführt und dabei der in Rede stehende Theil der Waare entkommen. Die gerichtliche Un-

Digitized by Google

tersuchung habe zu keinem Resultate geführt. Ein schuldbares Versehen sei nicht nachgewiesen worden, noch weniger eine böswillige Handlungsweise.

Auf diese Darstellung ist klägerischer Seits erwidert worden:

Die zugegebenen Thatsachen involvirten Fahrlässigkeit, wofür auch die Thatsache spreche, daß die Beklagte auf wiederholte Mahnung am 24. Januar 1871 der Klägerin mitgetheilt habe, das unter dem 21. November versandte Gut sei in den Besitz des Adressaten gelangt, später aber sich das Gegentheil herausgestellt habe.

Das Königliche Handelsgericht zu Barmen hat durch Erkenntniß vom 16. Februar 1872 die Eisenbahn-Gesellschaft nach dem Klageantrag verurtheilt.

Die Motive dieser Entscheidung lauten:

„J. E., daß es unbestritten feststeht, daß die Beklagte am 11. September und 21. November 1870 von der Klägerin Waaren zum Transporte an S. Wolff und J. Weiß in Mainz übernommen, von welcher die erste Sendung geöffnet und beraubt, nur zum Theile angelangt, die letzte Sendung dagegen vollständig verschwunden, bis heute nicht an ihre Bestimmung gelangt ist.

Daß die Beklagte zwar durch ihre Güterexpedition in Barmen unterm 24. Januar 1871 der Klägerin die Anzeige machen läßt, daß die für J. Weiß bestimmte Sendung im Besitze des Adressaten sei.

Daß die angestellten Recherchen aber die Unrichtigkeit dieser Mittheilung ergeben haben; daß diese Handlungsweise aber unzweifelhaft grobe Fahrlässigkeit Seitens der beklagten Frachtführerin in sich schließt und dieselbe zum Ersatze und zwar des wirklich entstandenen Schadens um so mehr verpflichtet erscheint, als ihr untergebens keine Momente zur Seite stehen, die das Gericht veranlassen könnten, die in dem Betriebs-Reglement der Beklagten und in dem Art. 427 des Handels-G.-B. vorgesehenen Vergünstigungen bezüglich der Höhe der Entschädigung eintreten zu lassen; daß der gemeine Handelswerth der abhanden gekommenen, resp. nicht abgelieferten Waaren durch die vorliegende Factura genügend nachgewiesen ist und der facturirte Werth untergebens, nach Art. 396 loco cit. den der Klägerin entstandenen Schaden bildet; daß die Klage sonach in allen Theilen begründet erscheint und derselbe auch in ihrem Betrage zu deferiren ist."

Die Eisenbahn-Gesellschaft, vertreten durch die Königl. Direction, hat wider das handelsgerichtliche Erkenntniß mittelst einer auf dem Sekretariate des Königl. Obertribunals hinterlegten Denkschrift des Rechtsanwaltes Professor Dr. Nissen, den Cassationsrecurs ergriffen, welcher auf Verletzung des Art. 1134 des bürgerlichen Gesetzbuchs des Art. 427 des Deutschen Handels-G.-B. und des §. 23 Nro. 2 des Betriebs-Reglements vom 10. Juni 1870 B. gestützt ist.

Zur Rechtfertigung ist im Wesentlichen ausgeführt:

Es sei rechtsirrthümlich, wenn das Handelsgericht die Beschränkung der Entschädigungspflicht auf den reglementsmäßigen Satz als eine Vergünstigung betrachte, welche von den Gerichten aus Erwägungen des einzelnen Falles zu gewähren oder zu versagen sei. Dieselbe habe vielmehr ihren Rechtsgrund ausschließlich in der nach Maßgabe des die lex contractus bildenden Betriebs-Reglements zu Stande gekommenen Vereinbarung zwischen der Eisenbahn und dem Absender. Es handle sich daher nur darum, ob Umstände vorhanden seien, welche die Berufung auf jene

Digitized by Google

Vereinbarung als etwas Unerlaubtes erscheinen ließen. Dies trete nach Art. 427 des Handels-G.-B. nur ein „im Falle einer böslichen Handlungsweise der Eisenbahn-Verwaltung oder ihrer Leute". Der Richter habe, seiner irrigen Ansicht folgend, in keiner Weise Thatsachen festgestellt, welche die Anwendung des Schlußsatzes des Art. 427 rechtfertigen könnten.

Da das Gesetz nicht andeute, was es unter böslicher Handlungsweise verstehe, so genüge irgend welche, gleichviel wann, wo und wie vorgekommene Handlungsweise, die nach richterlichem Ermessen als bösliche sich charakterisire. Die Böslichkeit beschränke sich nicht auf eigentliche Arglist und die gesammte Cuxuria, sondern umfasse auch jede grobe Fahrlässigkeit. Eine solche sei hier festgestellt worden. Worin dieselbe sich gezeigt habe, sei Gegenstand der thatsächlichen Beurtheilung und unterliege nicht der Cognition des Cassationsrichters. Aus der die Beschränkung der Ersatzpflicht der Eisenbahnverwaltung als eine Vergünstigung bezeichnenden Ausdrucksweise lasse sich ein rechtsgrundsätzlicher Irrthum nicht entnehmen. Die behaupteten Gesetzesverletzungen lägen demnach nicht vor. Das Betriebs-Reglement habe überdies nicht den Character eines Gesetzes.

Beantragt ist

principaliter,

die Cassationsklägerin des Recurses kostenpflichtig für verlustig zu erklären,

eventuel

den Recurs als unbegründet zu verwerfen und wegen den Kosten und so weiter das Gesetzliche zu bestimmen.

Urtheil.

In Erwägung, daß in dem Zustellungs- und Vorladungs-Acte vom 24. Juli 1872 die gesetzliche Erscheinungsfrist enthalten und damit der wesentlichen Vorschrift des §. 4 des Gesetzes vom 13. October 1843 genügt ist; daß durch die hinzugefügte Zusatzfrist der Cassationsbeklagten eine Benachrichtigung nicht zugefügt ist, dieselbe daher, wie solches in der Rechtsprechung anerkannter Grundsatz ist, eine Nichtigkeit der Ladung nicht begründen kann.

In Erwägung, daß, wenn die Cassationsklägerin in Ausübung der ihr durch Art. 427 des Handels-G.-B. gewährten Befugniß ihre Haftbarkeit für das ihr zum Transport übergebene Gut auf einen Normalsatz beschränkt hat, das dies festsetzende Betriebs-Reglement das Vertragsrecht zwischen der Eisenbahn und dem Versender bildet und für die Ersatzansprüche des letzteren wegen eingetretener Verluste oder Beschädigungen maßgebend ist und dieser Maßstab nur dann ausgeschlossen und ein Anspruch auf Ersatz des vollen Werthes in Gemäßheit des Art. 396 in fine begründet ist, wenn der Verlust oder die Beschädigung durch eine bösliche Handlungsweise der Eisenbahn-Verwaltung oder ihrer Leute herbeigeführt worden ist;

Daß demnach der Versender, welcher sich mit der reglementsmäßigen Entscheidung nicht begnügen und den vollen Schadenersatz fordern will, seinen Anspruch auf die Behauptung und den Nachweis einer der Eisenbahn-Verwaltung oder ihren Leuten zur Last fallenden böslichen Handlungsweise stützen muß;

Daß die bösliche Handlungsweise im Sinne der Art. 396, 427 in fine ein eigenthümlicher Rechtsbegriff ist, der einerseits die Arglist im engeren Sinne, andererseits den höchsten Grad der Fahrlässigkeit, frevel-

Digitized by Google

haften Muthwillen, in sich schließt, mit keiner dieser Kategorien jedoch zu identificiren ist;

Daß demnach als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der in den Schlußsätzen der Art. 396, 427 enthaltenen Bestimmungen die Annahme einer „groben Fahrlässigkeit" an sich nicht ausreicht, vielmehr ein Thatbestand vorliegen muß, in welchem die Merkmale einer bösliche Handlungsweise in dem richtig verstandenen Sinne enthalten sind;

J. E., daß mit diesen Grundsätzen das Handelsgericht sich in Widerspruch gesetzt hat, wenn es die blos auf die Thatsache, daß die betreffenden Waaren nicht an ihre Adresse gelangt sind, gestützte Klage aufrecht erhalten, das vertragsmäßige Recht der Eisenbahn-Gesellschaft: für den nicht declarirten Werth des in Verlust gerathenen Gutes nur die normalmäßige Entschädigung zu leisten, als eine ihr nur unter besonderen Umständen zu gewährende Vergünstigung betrachtet und schließlich die Verurtheilung der Eisenbahn-Gesellschaft lediglich auf die Annahme, daß in den von ihr zugegebenen Thatsachen eine grobe Fahrlässigkeit enthalten sei, gegründet und sich jeder Prüfung der Frage, ob die Fahrlässigkeit so beschaffen gewesen sei, daß dieselbe als eine bösliche Handlungsweise sich characterisiren lasse, enthalten hat;

Daß das Handelsgericht hiermit den in dem Art. 1134 des Civil-G.-B. enthaltenen Grundsatz über die bindende Kraft der Verträge, sowie die Vorschriften der Art. 427, 396 in fine des Handels-G.-B. verletzt hat.

Aus diesen Gründen

cassirt das Reichs-Ob.-H.-G., zweiter Senat, das Urtheil des Königl. Pr. Handelsgerichts zu Barmen vom 16. Februar 1872, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheiles am Rande des cassirten, sowie die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder und legt der Cassationsbeklagten die Kosten dieses Verfahrens zur Last;

Sodann in der Sache selbst erkennend, mittelst Anwendung der obigen Rechtsgrundsätze und

J. E., daß die Klage lediglich auf die Thatsache, daß die in Rede stehenden Transportgegenstände nicht an ihre Adresse gelangt sind, gestützt ist;

Daß in der von der Beklagten gegebenen Darstellung keine Thatsache enthalten ist, welche zu der Annahme berechtigt, daß der eingetretene Verlust auch nur auf eine Nachlässigkeit oder ein Versehen, viel weniger auf eine bösliche Handlungsweise des Personals der Eisenbahn-Verwaltung zurückzuführen sei;

Daß auch die nachträglich von der Eisenbahn-Verwaltung ertheilte unrichtige Auskunft über den Verbleib der Sendung vom 21. November 1870 zu einem Schlusse auf das Verhalten derselben bei dem Transporte keinen Grund gibt,

Weist das Reichs-Ob.-H.-G. die mittelst Ladungsactes vom 8. Dezember 1871 erhobene Klage, soweit solche auf mehr als den reglementsmäßigen Entschädigungssatz gerichtet ist, ab, indem es beurkundet, daß die Beklagte zur Leistung des reglementsmäßigen Ersatzes bereit ist und legt der Klägerin die Kosten zur Last,

Digitized by Google

lehnt endlich den Antrag, die Rückerstattung des auf Grund des vernichteten Erkenntnisses bereits Gezahlten zu verfügen, als in das gegenwärtige Verfahren nicht gehörig ab.

Urtheil des R.-Ob.-H.-G. vom 19. Februar 1873.
Ref.: H. R.-Ob.-H.-G.-Rath Dr. Schmitz.
Concl.: H. R.-O.-H.-G.-Rath v Hahn.
Advokaten: Horch — Stegemann.

II. Fall.

Urtheil.

J. E., daß die bösliche Handlungsweise, bei deren Vorhandensein die im Art. 427 des Handels-G.-B. gestattete Beschränkung der Haftpflicht der Eisenbahnen auf den Normalsatz oder den angegebenen Werth des Gutes nicht geltend gemacht werden kann, wie die Entstehungsgeschichte der betreffenden Vorschriften des Handels-G.-B. erkennen läßt, ein eigenthümlicher Rechtsbegriff ist, der, im Gegensatz zu den hergebrachten Kategorien, einerseits den dolus im eigentlichen Sinne, die auf Beschädigung gerichtete arglistige Absicht, andererseits den frevelhaften Leichtsinn oder Muthwillen in sich schließt, der zwar die Beschädigung nicht beabsichtigt, sich aber bei seinem Handeln der damit verbundenen Gefahr bewußt ist und dennoch das Handeln nicht ändert;

Daß dieser Begriff daher weder mit dem eigentlichen dolus, noch mit grober Fahrlässigkeit identificirt werden darf, daß vielmehr, wo er als vorhanden angenommen werden und auf Grund desselben die Beschränkung der Haftpflicht der Eisenbahn wegfallen soll, als nothwendige Voraussetzung hierfür ein die Merkmale des Begriffes der böslichen Handlungsweise, seinem richtig verstandenen Sinne gemäß, in sich schließender Thatbestand festgestellt werden muß;

Daß diesem Erfordernisse die Feststellung des Handelsgerichtes nicht entspricht, da dieselbe sich wesentlich auf den Ausspruch beschränkt, daß der Eisenbahn-Verwaltung eine grobe Nachlässigkeit zur Last falle, auch durch die Ausdrucksweise, daß die Nachlässigkeit so grob sei, daß die Eisenbahn-Gesellschaft sich auf die Vergünstigung des Art. 427 nicht berufen könne, ersichtlich nicht das Vorhandensein einer böslichen Handlungsweise constatirt, sondern nur die irrige Rechtsanschauung kundgegeben wird, daß ein hoher Grad von Fahrlässigkeit an und für sich die im Art. 427 gestattete Beschränkung der Haftpflicht aufhebe;

Daß demnach das Handelsgericht den Schlußsatz des Art. 427 des Handels-G.-B. durch seine Entscheidung verletzt hat, letztere daher der Vernichtung unterliegt.

Aus diesen Gründen

cassirt das Reichs-Ob.-H.-G, zweiter Senat, das Urtheil des Kgl. Preuß. Handelsgerichtes zu München-Gladbach vom 12. Januar 1872, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten, sowie die Rückgabe der Succumbenzgelder und legt dem Cassationsbeklagten die Kosten dieses Verfahrens zur Last;

Sodann zur Sache selbst erkennend, mittelst Anwendung der obigen Grundsätze und

Digitized by Google

J. E., daß der Kläger seinen Anspruch auf den vollen Wertherſatz lediglich darauf gründet, daß das betreffende Frachtgut verſchwunden und die Eiſenbahn-Geſellſchaft über deſſen Verbleib Auskunft zu geben nicht im Stande ſei; daß dies zwar hinreicht, um die allgemeine Verantwortlichkeit der Eiſenbahn-Geſellſchaft, als Frachtführer, nach Art. 395 des Handels-G.-B. zu begründen, nicht aber, um die nach Art. 427 zuläſſige Beſchränkung der Verantwortlichkeit in quanto auszuſchließen; daß dazu der poſitive Nachweis einer dem Perſonal der Eiſenbahn zur Laſt fallenden böslichen Handlungsweiſe gehört; daß von dieſem Standpunkte aus der Kläger ſich nicht darauf beſchränken darf, von der Eiſenbahn Auskunft über den Verbleib des Frachtgutes zu verlangen, ihm vielmehr obliegt, Thatſachen zu behaupten, die einen urſachlichen Zuſammenhang zwiſchen dem Verluſte des Frachtgutes und einem Handeln des Eiſenbahn-Perſonals erkennen laſſen, und zu der Annahme, daß dieſes Handeln ein böſsliches geweſen, berechtigen;

Daß ſolche Thatſachen in der Klagebegründung nicht enthalten ſind, der Anſpruch des Klägers auf den geforderten vollen Wertherſatz daher nicht gerechtfertigt erſcheint;

Daß zur Gewährung des dem Kläger nach §. 23, Nro. 1, des Betriebs-Reglements gebührenden Normalſatzes die Beklagte ſich bereit erklärt hat;

Weiſt das Reichs-Ob.-H.-G., indem es beurkundet, daß die beklagte Eiſenbahn-Geſellſchaft bereit iſt, dem Kläger die reglementsmäßige Entſchädigung mit 6 Thalern 12 Sgr. zu leiſten, die durch Ladungsact vom 25. October 1871 erhobene Klage, ſoweit ſie den obigen Betrag überſteigt, unter Verurtheilung des Klägers in die Koſten ab.

Urtheil des R.-Ob.-H.-G. Sitzung vom 22. Januar 1873.
Ref.: H. R.-Ob.-H.-G.-Rath Dr. Schmitz.
Concl.: R. Ob.-H.-G.-Rath Dr. Barth.
Advokaten: Horch — J. Dr.

Antrags-Delikte. — Rechtsirrthum. — Ermittlungen der Staats-Anwaltſchaft.

Der Antrag auf Beſtrafung wird dadurch nicht ungültig, daß der Antragſteller ſich in dem Rechtsirrthum befunden hat, daß er zur Stellung des Antrages verpflichtet und nicht bloß berechtigt ſei.

Bei den ſ. g. Antrags-Delikten ſteht der Staats-Anwaltſchaft, wenn auch ein Antrag auf Verfolgung nicht geſtellt iſt, das Recht zu, Ermittelungen zur Aufklärung des Sachverhaltes anzuſtellen, und ſind nur diejenigen Maßnahmen davon ausgeſchloſſen, welche ſich als gegen die Perſon des Thäters gerichtete Akten der Vorſehung darſtellen.

Digitized by Google

Anton X — Oeffentl. Ministerium.

Anton X wurde wegen der Beschuldigungen:

Im Jahre 1871 mit der Dorethea M. und Maria P., beides Kinder unter 14 Jahren unzüchtige Handlungen vorgenommen zu haben,

zur Untersuchung gezogen und vor den Assisenhof zu Köln verwiesen. Bei der ersten polizeilichen Vernehmung erklärte der Vater der P., daß er keinen Strafantrag stelle, weil seine Tochter ihm erklärt habe, daß der Angeklagte keine unzüchtigen Handlungen mit ihr verübt habe. Der Vater der Dorethea M. stellte bezüglich dieser den Antrag auf Bestrafung. Das öffentliche Ministerium beantragte darauf beim Untersuchungsrichter die Einleitung der Untersuchung wegen der mit der Dorethea M. verübten unzüchtigen Handlungen und die Vernehmung der Maria P als Zeugin.

Nach deren Vernehmung erklärte der Vater der P., daß er unter Zurücknahme seiner früheren Erklärung die Bestrafung beantrage.

Bei der Assisenverhandlung erklärte sodann der Vater der Dorethea M.: Er habe bei dem Bürgermeister den Antrag auf Bestrafung gestellt, weil der Bürgermeister ihm gesagt habe, er müsse den Antrag stellen, das Gesetz verlange das. Ihm sei aber das Gesetz unbekannt gewesen und habe er deßhalb dem Bürgermeister erklärt, wenn das Gesetz es verlange, dann möge er so schreiben. Hätte er gewußt, daß es von seinem Ermessen abhinge, ob er den Antrag auf Bestrafung stellen wolle oder nicht, so würde er denselben nicht beantragt haben und noch heute nicht beantragen.

Der Vertheidiger beantragte nunmehr Einstellung des Verfahrens, soweit es die Dorethea M. betreffe.

Der Assisenhof verwarf diesen Antrag mit der Erwägung, daß die Zulässigkeit der Strafverfolgung nach dem Inhalte des Strafantrages und nicht nach den Motiven und Voraussetzungen, welche den Antragsteller zur Stellung des Antrages bestimmt haben mögen, zu bemessen ist.

Die Geschworenen erklärten den Angeklagten für schuldig, und wurde derselbe durch Urtheil des Assisenhofes auf Grund der §§. 176 und 74 des Straf-G.-B. zu einer Gefängnißstrafe von einem Jahre verurtheilt.

Der Vertheidiger meldete hiergegen den Cassationsrekurs wegen Verletzung des Art. 176 des Straf-G.-B. an, indem er behauptete:

Der Antrag des Vaters der Dorethea M. sei ungültig, weil derselbe nicht aus der eigenen, keinesfalls aus einer gültigen Willensbestimmung desselben hervorgegangen sei.

Der Vater der Marie P. habe ausdrücklich erklärt, daß er einen Antrag auf Verfolgung nicht stelle, und sei deßhalb das öffentliche Ministerium nicht befugt gewesen, die Vernehmung der Maria P. über die mit ihr verübten unzüchtigen Handlungen zu veranlassen.

Der Cassationsrekurs wurde durch nachstehendes Urtheil verworfen:

Urtheil.

In Erw., daß der Vater der Dorethea M. wegen des gegen seine Tochter begangenen Verbrechens die Verfolgung des Cassationsklägers beantragt hat;

Daß nach den thatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Erkenntnisses der M. sich bei Abgabe seiner Erklärung in dem Rechtsirrthume befunden hat, daß er gesetzlich zur Stellung des Strafantrages verpflichtet

Digitized by Google

und nicht bloß berechtigt sei, und daß er ohne diese irrthümliche Voraussetzung die Bestrafung des Angeklagten nicht würde beantragt haben;

Daß dieser Irrthum aber weder die Natur der von ihm abgegebenen Willenserklärung als eines auf Verfolgung des Cassationsklägers gerichteten Antrages, noch auch die rechtliche Bedeutung dieser Erklärung als die rechtliche Verfolgung desselben bedingend betrifft;

Daß derselbe vielmehr nur der innere Beweggrund zu einer Willenserklärung, über deren Natur und Bedeutung ein Irrthum nicht obwaltete, zum Gegenstande hat;

Daß daher derselbe die rechtliche Ungültigkeit der abgegebenen Willenserklärung nicht zur Folge haben kann, und diese vielmehr nur durch rechtzeitige Zurücknahme des auf Verfolgung gerichteten Antrages beseitigt werden könnte.

J. E., daß die vor dem Bürgermeister zu N. abgegebene Erklärung des Vaters der Maria P., daß er Antrag auf Bestrafung des Cassationsklägers nicht stelle, weil seine Tochter ihm gesagt habe, daß derselbe keine unzüchtigen Handlungen mit ihr verübt habe, weder ihrer Form noch ihrem Inhalte nach einen Verzicht auf die Verfolgung dargestellt, vielmehr die Sachlage, auch abgesehen von der Ungültigkeit eines solches Verzichtes dadurch keine andere Gestaltung erhalten hat, als wenn der P die Erklärung gar nicht abgegeben hatte;

Daß aber bei den sogenannten Antragsdelikten, wenn auch ein Antrag auf Verfolgung noch nicht gestellt ist, der Staatsanwaltschaft kraft der ihr durch Art. 22 der Cr.-Pr.-Ordn. zugewiesenen Stellung das Recht zusteht, Ermittelungen zur Aufklärung des Sachverhaltes anzustellen, und diejenigen Maßnahmen davon ausgeschlossen sind, welche sich als gegen die Person des Thäters gerichtete Akte der Verfolgung darstellen;

Daß mithin die Vernehmung der Marie P. über die mit ihr verübten unzüchtigen Handlungen zulässig war;

Daß auch durch die vorerwähnte Erklärung deren Vaters die Befugniß desselben, später einen Antrag auf Verfolgung zu stellen, nicht beschränkt war;

Das also das Urtheil des Kgl. Assisenhofes zu Köln vom 30. November 1873, wenn es von der Voraussetzung des Vorhandenseins eines gültigen Antrages auf Verfolgung der gegen die Maria P. verübten unzüchtigen Handlungen ausging, den §. 176 des Straf-G.-B. nicht verletzt hat.

Aus diesen Gründen

verwirft das Kgl. Ob.-Tribunal (Senat für Strafsachen, II. Abth.) den Cassationsrekurs gegen das Urtheil des Kgl. Assisenhofes zu Köln vom 30. Nov. 1872 u. s. w.

Sitzung vom 27. März 1873.

Ref.: H. G.-O.-Tr.-Rath v. Holleben.

Concl.: H. O.-St.-Anw. Dr. Oppenhof.

Digitized by Google

Polizeilich genehmigter Bauplan. — Abweichung. — Niederlegung des Gebäudes.

Wenngleich der §. 367, Nr. 15, des Reichs-Str.-G.-B. die Niederlegung eines mit dem polizeilich genehmigten Bauplane errichteten Gebäudes nicht besonders verordnet hat, so ist doch der Polizeirichter verpflichtet geblieben, auch diese Maßregel auf den entsprechenden Antrag anzuordnen.

Oeffentliches Ministerium — Rademacher.

Die Königl. Regierung zu Düsseldorf hat unter dem 12. März 1853 eine Polizei-Verordnung erlassen, — Amtsblatt, Seite 172 —, worin es im §. 1 heißt:

„Niemand darf an den Staats- und Bezirksstraßen oder an den Gemeindewegen, im freien Felde, in den Dörfern oder in den Städten neue Gebäude, Mauern, Zäune, Hecken oder sonstige Bewehrungen von Grundstücken aufführen, schon bestehende ausbessern oder mittelst An- oder Aufbaues vergrößern, ohne vorher

a. ꝛc.:

b. „was die Gebäude, Mauern ꝛc. an den Gemeindewegen betrifft, die Richtungslinie durch den Bürgermeister bestimmen zu lassen."

„Die Nichtbeachtung dieser Vorschriften — so bestimmt der §. 4 — wird mit einer Geldstrafe von 5 bis 10 Thlrn. geahndet werden, sofern nicht nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen, namentlich dem §. 345, Nr. 12, des Strafrechts eine höhere Strafe eintritt."

Der Schneider Wilhelm Rademacher zu Langenberg erhielt von dem Bürgermeister daselbst unter dem 21. Mai 1872 die nachgesuchte Erlaubniß zur Erneuerung der an der Straßenseite befindlichen Mauer seines Hauses unter der Bedingung:

Daß diese Mauer von der Höhe des ersten Stockwerks an sich lothrecht senke und die südwestliche Hausecke abgerundet werde.

Er führte aber die fragliche Ausbesserung mit der Abweichung von dem durch den Bürgermeister genehmigten Bauplan aus, daß die erwähnte Ecke nicht abgerundet, sondern scharfkantig — rechtwinklich — angelegt wurde.

Deßhalb unter der Behauptung:

Als Bauherr eine Ausbesserung, wozu polizeiliche Genehmigung erforderlich ist, mit eigenmächtiger Abweichung von dem durch die Behörde genehmigten Bauplane im Monat Juli 1872 ausführen gelassen zu haben,

vor das Polizeigericht zu Velbert gestellt, wurde er durch Urtheil desselben vom 5. September 1872 der ihm zur Last gelegten Uebertretung überwiesen erklärt und auf Grund der gedachten Polizei-Verordnung und des §. 367, Nr. 15 des Reichs-Str.-G.-B. zu einer Geldbuße von 10 Sgr., im Unvermögensfalle zu einer Haft von einem Tage und in die Kosten verurtheilt, dagegen der weiter gehende Antrag des Polizeianwalts;

Digitized by Google

die Niederreißung des vorschriftswidrigen Baues zu verordnen, verworfen, und zwar:

„J. E., daß der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Uebertretung eingeräumt hat; daß Seitens des öffentlichen Ministeriums der Antrag genommen ist, die Niederreißung des vorschriftswidrig errichteten Gebäudes zu verordnen, daß das deutsche Straf-G.-B., welches im §. 367, Nr. 15, die Strafen über Uebertretungen der vorliegenden Art verhängt, die Erlaubniß zur Verordnung der Niederreißung nicht ertheilt, daher nach §. 2 des Einführungsgesetzes eine solche nicht mehr ertheilt werden kann."

Der Polizei-Anwalt hat gegen die Entscheidung das Rechtsmittel des Cassationsrekurses angemeldet.

Urtheil.

J. E., daß der Polizeirichter nach Art. 161 der Criminal-Prozeß-Ordnung gegen den für überführt erklärten Beschuldigten nicht nur die verwirkte Strafe auszusprechen, sondern auch über die Wiedererstattung und den Schadenersatz zu erkennen hat, welche verlangt worden;

Daß die Niederlegung eines Gebäudes, welches unter eigenmächtiger Abweichung von dem durch die Behörde; sei es im Wege polizeilichen, sei es im sonstigen baupolizeilichen Interesse festgestellten Bauplane errichtet worden, nicht als ein Theil der verwirkten Strafe anzusehen ist;

Daß dieselbe vielmehr lediglich eine Maßregel darstellt, welche die Wiederherstellung des durch den verbotswidrigen Bau zum Nachtheil eines öffentlichen oder Privatinteresses veränderten Zustandes und damit die Abwendung des Schadens bezweckt, welcher aus der verübten Uebertretung entspringt, diese Maßregel sonach als eine im Sinne des Art. 161 citato zuzusprechender Schadenersatz aufzufassen ist;

Daß daher, wenn auch nach dem Grundsatze des §. 2 des Einführungsgesetzes zum Reichs-Str.-G.-B. auf den Thatbestand, wie er dem Polizeigerichte vorlag und festgestellt ist, nunmehr der §. 367, Nro. 15 citato anzuwenden war, aus dem Umstande, daß dieser §. die Niederlegung eines im Widerspruche mit dem genehmigten Bauplane errichteten Gebäudes nicht besonders vorgeschrieben hat, nicht hergeleitet werden kann, daß eine solche Niederlegung vom Strafrichter nicht ferner verordnet werden dürfe;

Daß der Polizeirichter vielmehr in Gemäßheit des Art. 161 der Crim.-Proz.-Ordn. auch unter der Herrschaft des Reichs-Str.-G.-B. nach wie vor verpflichtet geblieben ist, diese Maßregel auf den entsprechenden Antrag anzuordnen;

Daß im vorliegenden Falle kein Bedenken dagegen erhoben worden, daß es sich bei der Verfolgung der Uebertretung wenigstens nicht ausschließlich um ein Privatinteresse, sondern um die Wahrung eines öffentlichen Interesses gehandelt habe, und folgeweise auch der Polizeianwalt zur Stellung eines solchen Antrags legitimirt gewesen sei;

Daß daher das Urtheil des Königl. Polizeirichters, soweit es nichts destoweniger den Antrag auf Niederreißung verwarf, der Cassation anheimfallen muß;

Daß deßhalb auch in der Sache selbst dem bezüglichen Antrage stattzugeben ist.

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, zweite Abtheilung, das Urtheil des Königl. Polizeigerichts zu Velbert vom 5. September 1872 insoweit, als dadurch der Antrag des Polizeianwalts auf Niederreißung des verbotswidrigen Baues verworfen worden, und verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des cassirten;

Verordnet sodann, in der Sache selbst erkennend, die Niederlegung des von dem Beschuldigten errichteten Baues, soweit dabei von dem durch den Bürgermeister zu Langenberg genehmigten Bauplane abgewichen ist u. s. w.

Sitzung vom 6. Februar 1873.

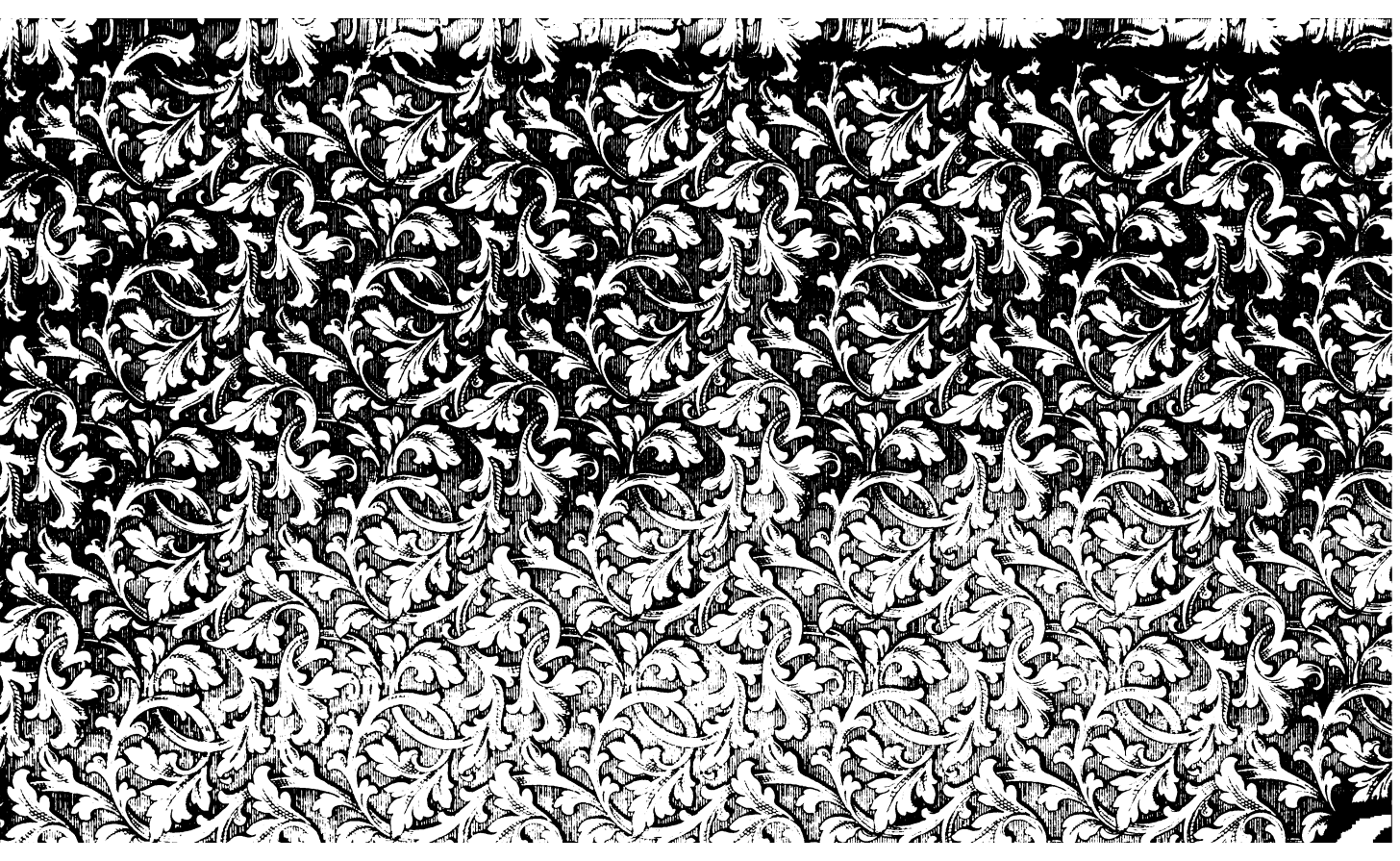
Ref.: H. G.-O.-Tr.-Rath v. Holleben.

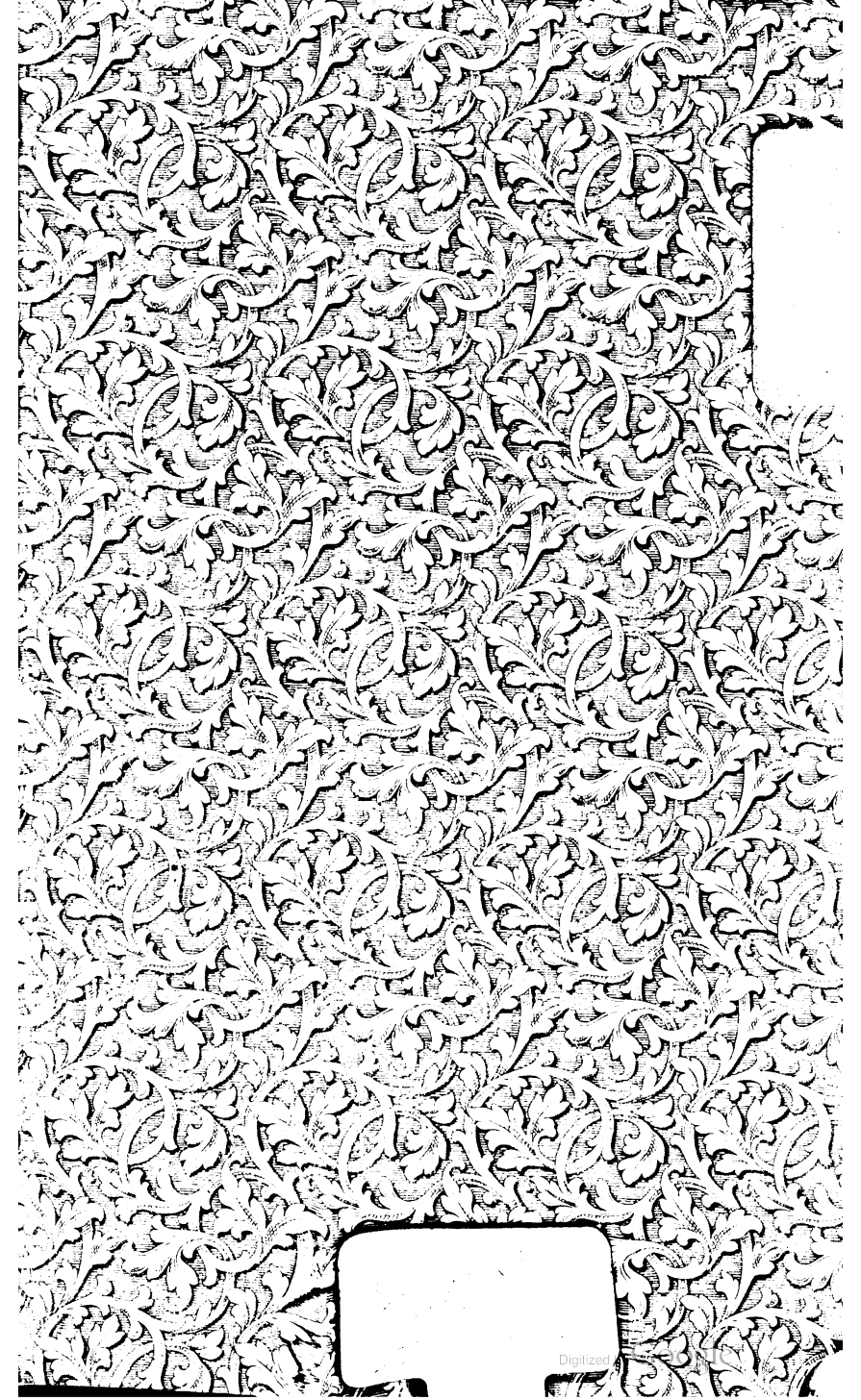
Concl.: H. O.-St.-Anwalt Dr. Oppenhof.

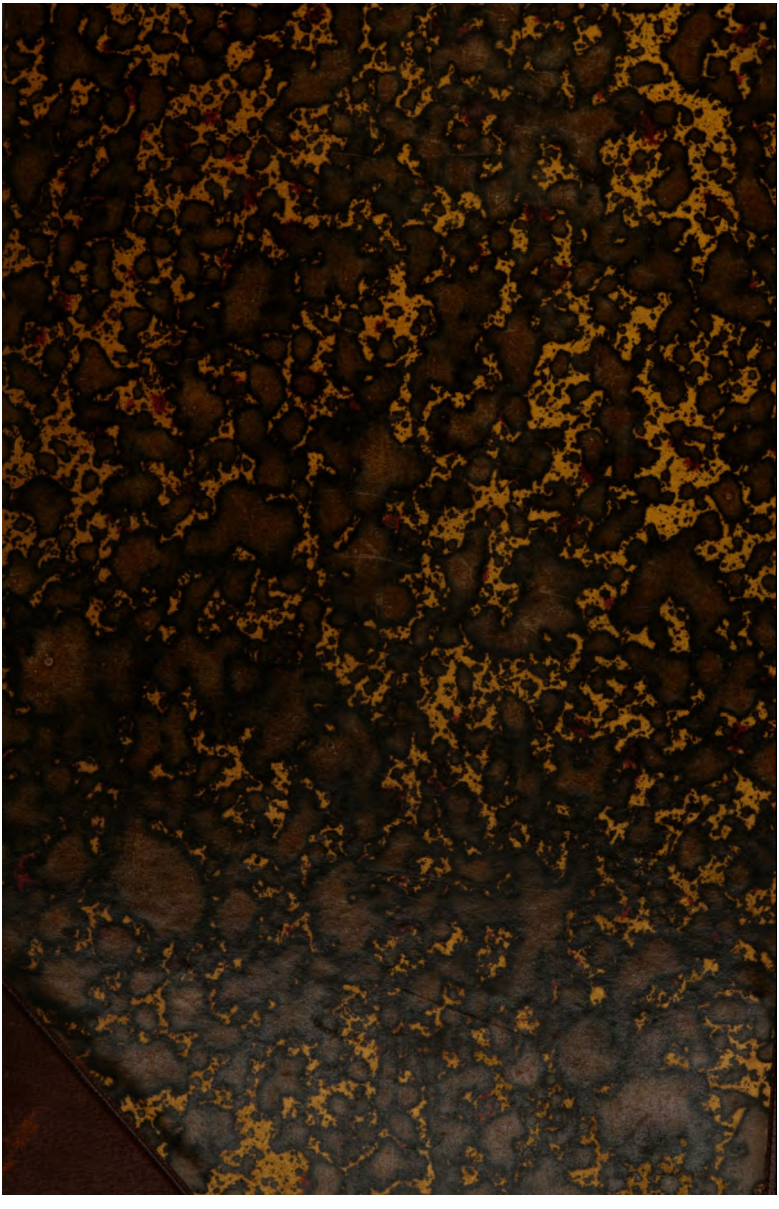
1/10/03

Digitized by Google

Digitized by Google




Digitized by Google



Digitized by Google